

LAS IMÁGENES DE ABUSOS SEXUALES A MENORES A LA LUZ DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 1/2015

María Marta González Tascón

Profesora contratada Doctora de Derecho Penal de la Universidad de
Oviedo

SUMARIO: I. Introducción. II. Enfoque internacional del tratamiento legal de la pornografía infantil. III. Los delitos relativos a la pornografía infantil: las imágenes de abusos sexuales a menores. 1. Breve referencia a su tratamiento penal antes de la LO 1/2015. 2. Modificaciones introducidas por la LO 1/2015. 2.1 Observaciones generales. 2.2 Objeto material del delito: el concepto de pornografía infantil. 2.3 Bien jurídico protegido y modalidades típicas básicas. 2.4 Tipos cualificados.

Resumen: La aparición de las tecnologías de la información y de la comunicación, su generalización y continuo desarrollo han incidido de manera trascendental en la realización de determinadas actividades delictivas relacionadas con la sexualidad humana. El presente trabajo versa sobre el tratamiento legal de una de ellas, la relativa a la pornografía infantil, cuyo incriminación ha experimentado importantes cambios con la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en la línea marcada por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 2007. No obstante, no se aborda aquí el análisis de todos los delitos relacionados con la pornografía infantil, sino aquellos específicamente centrados en las imágenes de abusos sexuales a menores que se encuentran tipificados en el artículo 189 del Código penal, cuya regulación ha experimentado destacables modificaciones como consecuencia de la adopción de un

nuevo concepto de la pornografía infantil, con importantes repercusiones en las conductas incriminadas, y la aparición de nuevos tipos penales.

Palabras clave: Explotación sexual, pornografía infantil, material de abuso sexual a menores, protección de menores, TICs.

Abstract: The emergence, generalization and continuous development of information and communication technology have affected in a very important form the way certain criminal activities related to human sexuality are carried out. This article focuses on the legal treatment of one of them: child pornography. Acting in accordance with Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council, of 13 December 2011, on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA Council of Europe and the 2007 Convention of the Council of Europe on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, the Penal Code reform by Criminal Law 1/2015, of 30 March, has made different modifications to criminal offences and sanctions in the area of child pornography. However, it is not addressed here the analysis of all crimes related to child pornography, but those specifically focused on images of sexual abuse of minors criminalized by 189 article, which has had some changes as the adoption of a new concept of child pornography, with important implications for the offending behavior, and the creation of new offences.

Key words: Sexual exploitation, child pornography, child sexual abuse material, protection of children, ICTs.

I. Introducción

La amplia reforma del Código penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en vigor desde el 1 de julio de 2015, ha incidido una vez más en la regulación de los delitos sexuales que tienen como víctimas a personas menores de edad. Esta nueva reforma, la cuarta que afecta al tratamiento penal de las conductas relacionadas con la sexualidad humana desde la entrada en vigor del mencionado código penal, era esperable en atención a la existencia de obligaciones internacionales pendientes de cumplimiento por nuestro país. Compromisos que, dicho sea de paso, muchas veces son invocados para sustraer la cuestión del debate político nacional.

La propia Exposición de motivos de la citada ley apela expresamente como fuente de los cambios introducidos a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (apartado XII), y al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (apartado IX). Al derecho derivado de la Unión Europea se atribuyen en concreto, en esa Exposición de motivos, el incremento de la edad de consentimiento sexual de trece a dieciséis años (capítulo II *bis*, del Título VIII, del Libro II del CP) y en conexión con esta modificación la introducción de una cláusula de exclusión de responsabilidad penal en consideración a la proximidad existente, por edad y grado de desarrollo o madurez, entre el autor y el menor de dieciséis años (art. 183 *quater*); las modificaciones concernientes a las conductas típicas de los abusos sexuales de los artículos 182 y 183; la incorporación de otras formas de abusos sexuales en el artículo 183 *bis*, que en parte eran subsumibles en el controvertido tipo de «corrupción de menores» del anterior artículo 189.4 –artículo que presenta, por su parte, un nuevo contenido–; la adición de otras manifestaciones del fenómeno conocido como *child grooming*, concretamente el embaucamiento del menor para que éste facilite al autor material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor (art. 183 *ter* 2) –conductas estas últimas que aunque guarden intensa relación con los delitos de pornografía infantil o de menores no serán tratada en este trabajo¹; el establecimiento de nuevas circunstancias agravantes específicas en los delitos relativos a la prostitución de estas víctimas y la extensión de las ya existentes a todos estos delitos y no solo a aquellos en los que se hacía uso de determinados medios comisivos (art. 188)²; y las novedades presentes en los delitos concernientes a la pornografía infantil, objeto de nuestra atención. Al mencionado convenio europeo vincula la Exposición de motivos únicamente, sin embargo, la toma

¹ Sobre la nueva regulación de los abusos sexuales a menores de dieciséis años *vid.* RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 109-193.

² Desde una perspectiva sistemática la reforma otorga un tratamiento conjunto en el artículo 188 a todas las conductas relativas a la prostitución de menores y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, terminando así con la diseminación de las mismas entre el artículo 187 (exclusivamente dedicado a ellas) y el artículo 188 (referido también a las personas mayores de edad), pero manteniendo en el artículo 189.6 el delito de incumplimiento de determinados deberes asistenciales.

de muestras biológicas de la persona del condenado (art. 129 *bis*), si bien por su amplio espectro también versa sobre muchas de las otras cuestiones.

Esta normativa supranacional, construida a partir del análisis de los abusos y la explotación sexual de la que son víctimas los menores de edad a nivel mundial y bajo la influencia del discurso del pánico moral³, tiene algunas repercusiones asimismo en la protección que frente a algunas acciones de naturaleza sexual el legislador español dispensa a determinadas personas con discapacidad a raíz de la equiparación que el mismo hace en ámbitos delictivos concretos de la figura del menor y la figura de la persona con discapacidad necesitada de especial protección en consideración a su especial vulnerabilidad como ocurre en el caso de los delitos relacionados con la pornografía. No obstante, este trabajo no afrontará ni el análisis de la pornografía en la que se utilizan adultos con discapacidad necesitados de especial protección⁴, ni el de todas las figuras delictivas relacionadas con la pornografía infantil, ciñéndose al estudio de las novedades que se han materializado en la regulación de los delitos relativos a la pornografía infantil o de menores que ofrece el artículo 189 del Código penal, y más exactamente de las conductas que versan sobre las imágenes de abusos sexuales, sin perjuicio de que al hilo del mismo se ofrezca al lector alguna anotación sobre otros particulares.

A los delitos relativos a la pornografía infantil o de menores –término este último más preciso en consideración a la realidad que se designa– nos vamos a referir también en este trabajo con otra expresión más moderna, aunque de no frecuente uso en la literatura y en la jurisprudencia española, de la que nos hemos servido además para dar título a este trabajo. Nos estamos refiriendo a la de «imágenes de abusos sexuales a menores», cuya utilización por nuestra parte responde a tres motivos concretos. En primer lugar, debido a la insistencia por parte de importantes organismos involucrados en la erradicación de estos delitos de promover un cambio en su denominación en aras de evitar que con la expresión tradicional de «pornografía infantil o de menores» no se advierta la imagen de menores sufriendo horribles abusos; se pudiera sugerir la preexistencia del acuerdo por parte de la víctima, legitimando y normalizando así la

³ Vid. Ostr, S., *Child pornography and sexual grooming: legal and societal responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 148-177.

⁴ Señala la FGE en su Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, p. 3, que no existe un tráfico de material pornográfico en cuya elaboración se utilice a una persona discapacitada necesitada de especial protección.

conducta del abusador; e incluso una asimilación de la misma con la pornografía que refleja actividades sexuales consentidas por parte de los adultos, obviando de esa forma su verdadera naturaleza abusiva⁵. En segundo lugar, porque la reforma del Código penal, en la línea imperante en el plano europeo en los últimos años, ha construido el concepto de pornografía infantil sobre las representaciones visuales en las que se aprecian abusos sexuales a menores de edad; expresión esta última que, en atención al objeto que designa, no se estaría utilizando en un sentido técnico jurídico penal como sinónimo de los delitos de abusos sexuales a menores pues, como sabemos, determinados menores pueden prestar un consentimiento jurídicamente válido en cuestiones de sexo, sino general en alusión a la utilización de un menor o simplemente de la imagen de un menor, real o no, con un fin de satisfacción sexual. Desde este prisma posiblemente fuese incluso más adecuado utilizar la expresión de imágenes de explotación sexual de menores⁶. Y en tercer lugar, en base a que nos ayuda en mejor medida a significar el objeto de este trabajo dada la amplia extensión del artículo 189, donde nos encontramos con otros delitos relacionados con la pornografía que podemos igualmente individualizar como son los delitos relativos a la utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189.1.a y 4) y el delito de incumplimiento del deber especial de impedir la continuación del menor en un estado de corrupción (art. 189.6). Delitos todos ellos, por otra parte, que quedarían englobados en un sentido amplio bajo la expresión «corrupción de menores», una expresión que a pesar de su cuestionamiento sigue siendo utili-

⁵ Así INTERPOL, quien recomienda la utilización de expresiones como: «Documented child sexual abuse»; «Child sexual abuse material»; «Child sexual exploitive material»; «Depicted child sexual abuse»; «Child abuse images»; INHOPE, que es una asociación internacional de líneas de denuncia de contenidos ilegales y en concreto de imágenes de abusos sexuales en internet, creada en 1999 en el marco del Plan de acción de la Comisión Europea sobre la seguridad en internet, utiliza la expresión «Child sexual abuse material», aunque la línea de denuncia española asociada a la misma, Protégeles, sigue empleando el término pornografía infantil; el III Congreso mundial sobre explotación sexual de niños, niñas y adolescentes (Río de Janeiro, 2008); incluso los propios menores reunidos en el *First International Youth Advisory Congress on Online Safety and Security*, que tuvo lugar en Londres en 2008, quienes proponían la sustitución en el Convenio de los derechos del niño de la expresión pornografía infantil por la de imágenes de abusos sexuales a niños; o la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Maud de Boer-Buquicchio, en su informe de 22 de diciembre de 2014.

⁶ Ostr, S., *Child pornography and sexual grooming: legal and societal responses*, cit., p. 32, que se había mostrado, no obstante, crítica con algunos de los argumentos en pro del cambio de terminología, defiende el uso de la expresión «exploitative image of childpornography».

zada en nuestro Código penal en la propia rúbrica del capítulo V del Título VIII de su Libro II y en el artículo 189.6.

A los efectos de abordar el examen de los delitos relativos a las imágenes de abusos sexuales a menores tras la reciente reforma del artículo 189 del Código penal, hemos estimado interesante, en consideración a la vinculación de su regulación legal con el movimiento internacional de lucha contra el abuso y la explotación sexual de los menores, aproximarnos, primeramente, aunque sea de forma muy somera, a los textos internacionales jurídicamente vinculantes de referencia en este campo para incidir en aquellos aspectos normativos concernientes a la criminalización de este tipo de acciones. Una normativa en la que, no obstante, se sigue empleando la expresión de delitos relativos a la pornografía infantil, a pesar de su inexactitud en cuanto a las víctimas de estos delitos. A continuación y con el objetivo de comprender mejor la última reforma del Código penal, recordaremos los principales hitos legislativos de la configuración legal de los delitos relativos a la pornografía infantil. Posteriormente analizaremos y valoraremos las aportaciones realizadas por la LO 1/2015 al tratamiento penal de los delitos que tienen como objeto material las imágenes de abusos sexuales a menores. Al hilo de ello, y de forma muy breve, apuntaremos las novedades que se han producido en el marco de las consecuencias jurídicas que de su comisión se derivan.

II. Enfoque internacional del tratamiento legal de la pornografía infantil

La comunidad internacional viene desempeñado un importante papel en el campo de la protección de los menores frente a su abuso y explotación sexual desde la década de los noventa, convencida de que la eliminación de esta lacra social, que convierte a los niños en meros objetos sexuales, comprometiendo su salud y su desarrollo psicosocial, requiere, debido a su complejidad, de la acción concertada de los Estados⁷. Por lo que se refiere al sistema de justicia penal, sus esfuerzos se dirigen de manera relevante a impulsar la cooperación a nivel policial y judicial entre los estados y la aproximación de las legislaciones nacionales en la tipificación y el castigo de las conductas merecedoras de relevancia penal con el fin de superar los

⁷ Más ampliamente, entre otros, PARRA GONZÁLEZ, A. V., *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, pp. 112-166; PIZZEGHELLO, S., *La repressione penale della pedofilia: profili comparatistici*, Tesis doctoral, Università degli Studi di Padova, 2009, pp. 7-51.

problemas jurisdiccionales y las diferencias jurídico valorativas de los hechos, que dificultan la investigación y la persecución del delito y, consiguientemente, favorecen a los delincuentes. Líneas de trabajo a las que se añaden otras, entre las que podrían mencionarse, por ser más actuales, aquellas centradas en los aspectos victimológicos (tal sería el caso, verbigracia, de las medidas dirigidas a articular servicios de ayuda y asistencia a las víctimas), y en la adopción de medidas preventivas no penales (así la educación de los niños en relación con situaciones de riesgo derivadas especialmente de la utilización de las tecnologías de la información y comunicación –TICs–, aspecto que también trabajan algunas líneas de denuncia de contenidos ilícitos *online*; o la facilitación de programas de evaluación y prevención de riesgos de comisión de estos delitos para aquellas personas que temen que podrían llegar a realizarlos)⁸.

El llamamiento a la cooperación entre los estados y la respuesta positiva de muchos de ellos se puede explicar también a partir del favorecimiento que algunos actos de esa naturaleza habrían experimentado a raíz de los avances en la conectividad humana y del desarrollo de la tecnología electrónica y de las TICs. Tal sería el caso del fenómeno del turismo de abusos sexuales, de la prostitución, del *online child grooming* y muy especialmente de los delitos relativos a la pornografía infantil, particularmente de la imágenes de abuso sexual a menores. Por lo que atañe a estas últimas, nadie duda, a pesar de las dificultades insuperables que entraña siempre cualquier intento de computar su volumen –dificultades acrecentadas aún más en este tipo de delito en el que en muchas ocasiones los responsables son personas que forman parte del ámbito familiar o próximo de la víctima o amenazan al menor–, que la generalización de las TICs, y en concreto el uso de internet, ha significado un incremento exponencial de las conductas relacionadas con las mismas⁹. Éstas se habrían visto beneficiadas por la naturaleza universal, amorfa, global, des-

⁸ El primer proyecto financiado por la Comisión Europea para conocer la naturaleza del problema de las imágenes de abusos sexuales e internet, el proyecto *Combating Paedophile Information Networks* (COPINE, 1998), dirigido por E. Quayle, se involucró ya en el desarrollo de un recurso *online* destinado a estas personas. En el momento presente este recurso está gestionado por la Fundación Lucy Faithfull y se denomina *Stop it Now*. Vid. <http://www.stopitnow.org.uk/> (consulta 20-01-2016).

⁹ Sobre la evolución de las conductas relacionadas con la pornografía infantil con la irrupción de internet y las principales herramientas que se utilizan para su difusión en internet (correo electrónico, canales de chat, salas de charlas, sitios webs, programas para compartir archivos –P2P–), *vid.*, por ejemplo, ROJO GARCÍA, J. C., «La realidad de la pornografía infantil en internet», en *RDPCrUNED*, 2002, n.º 9, pp. 222-235; o BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Pornografía infantil en la red: Fundamento y límites de la intervención penal», en ROMEO CASABONA, C. M./SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.,

centralizada y en continuo desarrollo de la red de redes, que aparte de facilitar la comisión del delito, atenúa los riesgos del delincuente de ser identificado y perseguido penalmente¹⁰. El escenario cibernético sirve igualmente a la delincuencia de tipo sexual para favorecer la distribución y el acceso a esa clase de material, para la afirmación social de las personas con tendencias sexuales hacia los niños a través de la creación y participación en comunidades virtuales dedicadas a la normalización de esas inclinaciones, para entrar en contacto con un número ingente e indiscriminado de menores de todo el mundo y en el caso concreto de quienes se dedican a la explotación comercial sexual de los menores para llegar a un mayor número de potenciales compradores e incrementar los beneficios de su actividad delictiva. Además contribuiría al agravamiento del perjuicio causado a las víctimas a raíz de la facilidad con que la imagen del abuso sexual llega a terceros, produciéndose así su revictimización¹¹. Como consecuencia de ello, la presencia de los cuerpos y fuerzas de seguridad en el ciberespacio es cada vez más activa, habiéndose creado unidades específicas para la persecución de estos delitos como la Brigada de Investigación Tecnológica del Cuerpo Nacional de Policía

La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico, Ed. Comares, Granada, 2010, pp. 404-405.

¹⁰ Según datos de UNICEF, recogidos en el Informe Explicativo del Convenio de Lanzarote, habría más de un millón de imágenes de diez a veinte mil niños víctimas de abuso sexual, de los cuales solo unos cientos habrían sido identificados. INHOPE, en su Informe anual de 2013-2014 y en sus estadísticas, informa de que se procedió a incluir en su base de datos (INHOPE Report Management System) 54.969 denuncias relativas a URLs en las que habían confirmado la existencia de materiales de abusos sexuales a niños en el año 2013 (un 11% eran duplicadas), elevándose éstas a 89.758 en el año 2014 (un 7% eran duplicadas). La variable sexo indicaba que las víctimas pertenecían en un 81% (2013 y 2014) al sexo femenino, en un 11% (2013) y 13% (2014) al sexo masculino y eran de ambos sexos en un 8% (2013) y 6% (2014). *Vid.* http://www.inhope.org/Libraries/Annual_reports/INHOPE_Annual_Report_2013.sflb.ashx y <http://www.inhope.org/tns/resources/statistics-and-infographics/statistics-and-infographics-2014.aspx> (consulta 12-01-2016). En el caso particular de España, la Fundación Alia2, en su informe *Situación de la pornografía infantil en la Red, período 2010*, ha constatado, a través de una herramienta informática que permite detectar diariamente el intercambio de archivos con posible contenido pedófilo mediante las redes P2P (programa Florencio), que nuestro país forma parte de la tríada que encabeza la lista de los diez países en los que se produce más intercambio de pornografía infantil a través de la red. Florencio detectó en total 421.368 archivos con contenido en archivos de pornografía infantil entre líneas P2P, correspondiendo un 11% de los mismos a España (el 21 % a EE. UU y el 7% a Méjico). Asimismo constató la existencia de 89.001 usuarios de las redes P2P que poseen archivos de pornografía infantil, siendo españoles un 18,47% del total de usuarios.

¹¹ *Vid.* MALBY, S./JESRANI, T./BAÑUELOS, T./HOLTERHOF, A./HAHN, M., *Study on the effects of new information technologies on the abuse and exploitation of children*, Naciones Unidas, 2015, pp. 15-21.

o del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil, por lo que se refiere a España; el Equipo de Ciberinteligencia (*Cyber Intelligence Team*) de la Europol; o el Grupo Especializado en Delitos contra Menores de la INTERPOL (*INTERPOL Specialist Group on Crimes Against Children*)¹². Estos organismos colaboran entre sí y con otras entidades públicas y privadas (*End Child Prostitution, Child Pornography and the Trafficking of Children for Sexual Purposes –ECPAT–*, *Virtual Global Task Force –VGTF–*, *Financial Coalition against Child Pornography –FCACP–*, *International Association of Internet Hotlines –INHOPE–*, por ejemplo)¹³, en la persecución de estos delitos¹⁴; persecución que igualmente se habría visto favorecida por las propias TICs¹⁵. A esa finalidad también responde la actuación de particulares que voluntariamente velan por la seguridad en el ciberespacio (cibercentinelas), cuyo papel puede verse comprometido con la reciente penalización del acceso a sabiendas a pornografía infantil¹⁶.

El punto de partida de la actuación conjunta de los estados contra el abuso y la explotación sexual de los menores, dejando aparte orientaciones programáticas sin refuerzo jurídico, podría situarse en el Convenio sobre los derechos del niño, aprobado por la Asamblea

¹² INTERPOL, en su Informe anual de 2014, señala que a finales de ese año se había identificado mediante su base de datos internacional de imágenes de explotación sexual infantil (ICSE) a unas 5.700 víctimas de más de 50 países. Una noticia de prensa de la INTERPOL publicada en su web en diciembre de 2015 mencionaba que a esa fecha ya eran 7.800 víctimas y se habían detenido a más de 3.800 personas.

¹³ De acuerdo con los documentos citados, INHOPE en 2014 informaba a las autoridades de la existencia de páginas web con materiales de esa naturaleza dentro de las 24 horas en un 98% de los casos en Europa y en el resto del mundo en un 95% de los casos. El material era retirado de la web en menos de 72 horas en Europa en un 93% de los casos y en el resto del mundo en un 91% de los casos.

¹⁴ Así la operación «Icarus», llevada a cabo en el marco de la cooperación policial en Europa con la participación de 22 países europeos, entre ellos España, que determinó la identificación de 269 sospechosos y la detención de 112 de ellos por compartir materiales de video de pornografía infantil en sus formas más extremas. Esta operación se incluye dentro del Plan de acción de *COSPOL Internet Related Child Abuse Material Project –CIRCAMP–*, del que también es miembro España. O la operación «Sin fronteras», que tuvo lugar en diciembre de 2015 y en la que participaron 15 estados, 14 de ellos del continente americano y España. En esta operación fueron detenidas 60 personas por intercambiar material de imágenes de abuso sexual a menores a través de foros en línea, y fueron rescatadas cuatro víctimas.

¹⁵ Vid. MALBY, S./JESRANI, T./BAÑUELOS, T./HOLTERHOF, A./HAHN, M., *Study on the effects of new information technologies on the abuse and exploitation of children*, cit., pp. 45-47.

¹⁶ Se fomenta además la adopción tanto por entidades públicas como privadas de un amplio elenco de medidas preventivas en la red. Vid. PULIDO RODRÍGUEZ, C., *Prevención de abusos sexuales a menores en internet: Acciones preventivas online*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2010.

General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y vinculante jurídicamente para España al igual que el resto de normas internacionales a las que nos vamos a referir¹⁷. El reconocimiento que en este convenio se hace del derecho del niño, entendiéndose por tal «todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» (art. 1), a ser protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, engloba la dispensa de protección estatal frente a su explotación en espectáculos o materiales pornográficos (arts. 19.1, 34 y 35). Protección que normativamente en el plano internacional comenzará a detallarse una década después mediante el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000¹⁸, bajo la influencia de las conclusiones alcanzadas en el I Congreso mundial contra la explotación sexual comercial de niños (Declaración de Estocolmo 1996) y de la Conferencia internacional de lucha contra la pornografía infantil en internet (Viena 1999)¹⁹. En este protocolo ya se establece expresamente la obligación de los Estados Partes de dar relevancia penal a conductas concretas independientemente del lugar de su realización o de si se han cometido de forma individual o colectiva (art. 3.1). Así, por lo que atañe a la pornografía infantil, definida en el artículo 2.c del Protocolo, se establece en particular la obligación de tipificar penalmente su producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con determinados fines (art. 3.1.c), y, desde un enfoque más amplio de la cuestión, la venta, el ofrecimiento, la entrega o la aceptación, por cualquier medio, de un niño con fines de su explotación sexual (art. 3.1.a.i, a)²⁰. La concreción de esos fines que harían típicas las conductas mencionadas en primer lugar suscita algunos interrogantes debido a la remisión genérica que a tal efecto hace la mencionada letra c a «los fines antes señalados»,

¹⁷ Instrumento de ratificación publicado en el BOE, n.º 313, de 31-12-1990.

¹⁸ BOE n.º 27, de 31 de enero de 2002. *Vid.* ROCA AGAPITO, L., «Algunas consideraciones sobre la prostitución y la pornografía infantiles», en *RJL*, 2002, n.º 5519, p. 1-5.

¹⁹ El 17 de junio de 1999 se adopta el Convenio de la OIT n.º 182, sobre las peores formas de trabajo infantil (BOE n.º 118, de 17 de mayo de 2001), entre las que se incluye la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores de 18 años para la prostitución, la producción de pornografía, o actuaciones pornográficas (art. 3 b).

²⁰ El 25 de mayo de 2000 se adoptó también un segundo protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación en los conflictos armados, que aborda el reclutamiento de menores, especialmente niñas, para su explotación sexual durante un conflicto armado.

de entre los cuáles únicamente cobraría auténtico significado en el contexto de las conductas relativas a la pornografía infantil el concerniente a la explotación sexual del niño –art. 3.1.a) i.a–; no quedando, en consonancia, diáfano si se ordenaba ya criminalizar la posesión para consumo propio o solo la posesión intencional²¹. En relación con las conductas proscritas se disponía asimismo la incriminación de la tentativa y de las formas de participación criminal (art. 3.2). Es interesante igualmente destacar que el Protocolo aunque no ordena su tipificación como delito, sí reclama a los Estados Partes la adopción de las medidas necesarias para prevenir o prohibir la difusión de materiales que publiciten los delitos tipificados con arreglo al Convenio (art. 9.5)²².

A la labor de Naciones Unidas habría que sumar los esfuerzos de otras instancias de ámbito regional y, muy en particular por lo que afecta a España, del Consejo de Europa y de la Unión Europea²³. En el Consejo de Europa se han aprobado diversas recomendaciones y dos convenios en los que se aborda la cuestión²⁴. Nos estamos refiriendo

²¹ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., «Pornografía infantil e internet: ¿reto jurídico o problema social?», en *RGLJ*, 2006, n.º 2, p. 264, a partir de ese elemento subjetivo consideraba que la posesión simple no estaba incluida entre las conductas que debían ser tipificadas como delito. También excluye la posesión simple OST, S., *Child pornography and sexual grooming: legal and societal responses*, cit., p. 226. Por su parte RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El Código penal y la explotación sexual comercial infantil», en *EPC*, 2012, n.º 32, p. 231, recuerda que el Comité de los Derechos de los Niños recomendaba su tipificación. Asimismo podríamos tener en cuenta que Dinamarca formuló una declaración en la que excluía de dar relevancia penal a la posesión de imágenes de una persona que ya hubiese cumplido los 15 años si había consentido esa posesión. Declaración innecesaria en caso de que no se apreciase que el Protocolo ordenase la tipificación de la posesión para consumo propio.

²² Podría mencionarse también la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (*BOE* n.º 233, de 29 de septiembre de 2003), cuya definición de «grupo delictivo organizado» ha sido interpretada para captar a las comunidades virtuales que comparten material de pornografía infantil (art. 2 a).

²³ También la Convención iberoamericana de derechos de los jóvenes, hecha en Badajoz el 11 de octubre de 2005 (*BOE* n.º 67, de 18 de marzo de 2010), cuyo artículo 11 establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para la prevención de la explotación, el abuso y el turismo sexual y de cualquier otro tipo de violencia o maltrato sobre los jóvenes –consideración que reciben aquellos que tienen edades comprendidas entre 15 y 24 años–, y promoverán la recuperación física, psicológica, social y económica de las víctimas. Por su parte, la Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño, de 11 de julio de 1990, dispone la adopción por parte de los Estados de medidas para impedir la utilización de niños en actividades, actuaciones y materiales pornográficos (art. 27).

²⁴ Las más específicas sobre el tema serían: la Recomendación 1065 (87) relativa al tráfico de niños y otras formas de explotación infantil; la Recomendación R (91) 11 sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y tráfico de niños y de

al Convenio sobre ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, que está enfocado a promover la actuación conjunta de los Estados para prevenir la criminalidad en el ciberespacio, y al ya mentado Convenio de Lanzarote, el cual está centrado precisamente en la problemática del abuso y la explotación sexual de los menores, una de cuyas manifestaciones es la pornografía infantil o de menores.

El incremento que los delitos de pornografía infantil han experimentado como consecuencia de las TICs explica por sí mismo la dedicación que a ellos otorga el Convenio sobre ciberdelincuencia²⁵. Este convenio establece la obligación de los Estados Partes de considerar delictivas una serie de conductas, dolosas e ilegítimas, relativas a la pornografía infantil en cuya realización tiene un papel fundamental un sistema informático²⁶, formula un concepto amplio de pornografía infantil (art. 9.2) y, al tiempo, concede a los Estados la posibilidad de un menor o nulo rigor punitivo frente a determinadas clases de pornografía. Concretamente su artículo 9.1 exige otorgar relevancia penal a la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático (a); a la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático (b); a la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático (c); a la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona (d); y a la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos (e)²⁷. Estas conductas estaban contempladas en su inmensa mayoría en el Protocolo de Nueva York, aprobado el año anterior, debiéndose destacar ahora la autonomía de la adquisición de

jóvenes adultos; la Recomendación R (2001) 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual; y la Recomendación CM/Rec (2009) 10 sobre estrategias nacionales integrales para la protección de los menores frente a la violencia.

²⁵ Instrumento de ratificación publicado en el *BOE* n.º 226, de 17 de septiembre de 2010.

²⁶ De acuerdo con el artículo 1.a) del Convenio se entiende por *sistema informático* «todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa». En el artículo 1.b) se definen los *datos informáticos* como «cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función».

²⁷ Obsérvese que no se especifica el fin de esta posesión, pero a tenor del Informe explicativo del convenio se estaría pensando en concreto en la posesión para consumo propio, en la medida en que se dice que esta posesión estimula la demanda y que una manera efectiva de cortar la producción es atribuyendo consecuencias a la conducta de todos los que participan en la cadena desde la producción a la posesión (98).

pornografía infantil, acotada, no obstante, por la naturaleza del convenio, a aquella que se realiza por medio de un sistema informático. Sin embargo, la decisión final sobre la incriminación de esta última conducta así como de la posesión se hace depender exclusivamente de los propios Estados Partes a quienes se reconoce la posibilidad de presentar reservas a su aplicación en todo o en parte (art. 9.4). Facultad de la que hizo uso Dinamarca para no dar relevancia penal a la posesión de imágenes de una persona que ya hubiese cumplido los 15 años y hubiese consentido tal posesión; Montenegro respecto tanto a la adquisición como a la posesión si el afectado ya había cumplido 14 años y había consentido; Ucrania, quien aplicó la reserva por completo, al igual que hiciera Japón, si bien este último apelando genéricamente a su ley nacional. Esta flexibilidad, de la que carecía el Protocolo de referencia en este campo, se refleja también en el propio concepto de pornografía infantil, que si bien abarca las tres grandes clases de pornografía infantil identificables en atención a su modo de elaboración a las que nos referiremos más adelante, permite a los Estados Partes no incriminar las conductas que tienen por objeto material la pornografía infantil técnica y la virtual (art. 9.4). Y asimismo se proyecta sobre el concepto de menor, dado que si bien éste es definido como toda persona menor de dieciocho años, admite que los Estados Partes establezcan un límite de edad inferior siempre y cuando éste no baje de los dieciséis años (art. 9.3); una opción que únicamente habría utilizado Suiza, donde se atribuye la condición de menor a los efectos de ser sujeto pasivo de este delito al menor de 16 años. El Convenio incide también sobre la penalización de la participación criminal en cualquiera de las modalidades delictivas mencionadas así como de la tentativa, pero esta última solo en los delitos de producción, difusión o transmisión de pornografía infantil (art. 11.1 y 2). No obstante, en relación con la tentativa se concede a los Estados Partes la posibilidad de reservar el derecho a no aplicar en todo o en parte esta disposición (art. 11.3); derecho que ejerció Japón.

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual dedica su artículo 20.1 a los delitos de pornografía infantil, consideración que reciben las conductas dolosas, cuando se cometen de forma ilícita, consistentes en: a) la producción de pornografía infantil; b) la oferta o puesta a disposición de pornografía infantil; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil; d) la adquisición para sí o para otro de pornografía infantil; e) la posesión de pornografía infantil; y f) el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de

las TICs²⁸. Y en el apartado segundo del citado artículo, como veremos posteriormente, define la pornografía infantil en términos algo más extensos que los recogidos en el Convenio de Budapest.

Asistimos de nuevo a una ampliación a cargo del Consejo de Europa de las conductas penalmente relevantes a través de la criminalización de la adquisición independientemente del medio empleado y del castigo por primera vez del acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las TICs. No obstante, se confiere a los Estados Partes la matización de la relevancia penal de algunas de las conductas. Tal es el caso de la criminalización del acceso que puede ser objeto de reserva por los Estados Partes en todo o en parte (art. 20.4), como habrían hecho Bulgaria, Hungría, Mónaco y Rusia. Pero también de la producción y de la posesión de pornografía infantil, cuya tipificación, en atención al tipo de material pornográfico, puede depender de la decisión estatal; en concreto cuando se trate exclusivamente de representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño no existente; o de la participación de niños con quienes con arreglo a la ley se puede realizar actividades sexuales, si dichas imágenes han sido producidas por ellos y están en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular (art. 20.3). Esta línea ha sido seguida por algunos estados que formularon la correspondiente reserva al Convenio. Así Alemania y Rusia han hecho uso del derecho a no castigar la producción y posesión de las imágenes mencionadas el artículo 20.3; Hungría ha ejercido esa facultad solo en relación con las representaciones simuladas e imágenes realistas de un niño inexistente; y Dinamarca, Liechtenstein, Suecia y Suiza lo han tenido presente en lo que afecta a las imágenes en las que participan niños que han alcanzado la edad de consentimiento sexual cuando han sido producidas por ellos y están en su poder, con su consentimiento y únicamente para uso particular. La participación criminal y la tentativa en estos delitos se ha de castigar asimismo, pero también se concede a los Estados Partes la posibilidad de reservar, en todo o en parte, la no aplicación de esta forma imperfecta de ejecución criminal en las modalidades de oferta o puesta a disposición, de adquisición, de posesión y de ac-

²⁸ Instrumento de ratificación publicado en el BOE, n.º 274, de 12-11-2010. Vid. MARCOS MARTÍN, M. T., «Un nuevo paso en la lucha contra la explotación sexual infantil: el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños sobre explotación sexual infantil», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2011, n.º 1, pp. 100-111; o GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «La protección penal de los menores en la esfera sexual a la luz del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual», en *RDPCrUNED*, 2012, n.º 8, pp. 71-118.

ceso a la pornografía infantil por medio de las TICs. Una facultad de la que ha hecho uso de forma plena Alemania y Rusia; limitándola Bélgica, Francia y Luxemburgo a las conductas de posesión y acceso; y Mónaco a la acción de acceder.

Este convenio dispone la tipificación de otros delitos de explotación sexual de los niños relacionados con la pornografía, que aunque no son objeto de análisis en este trabajo, merecen al menos quedar anotados. Se trata, por un lado, de los delitos relativos a la participación de niños en espectáculos pornográficos. Concretamente el convenio en su artículo 21.1 enumera las conductas de reclutamiento de un niño para que participe en espectáculos pornográficos o el favorecimiento de la participación de un niño en dichos espectáculos (a); de obligar a un niño a participar en espectáculos pornográficos o beneficiarse de un niño o explotarlo de otro modo para tales fines (b); de asistir, con conocimiento de causa, a espectáculos pornográficos en los que participen niños (c). En relación con la asistencia a estos espectáculos, se concede a los Estados Partes la facultad de reservarse el derecho de limitar su aplicación a los supuestos en los que los niños han sido reclutados u obligados según lo dispuesto en el apartado 1.a) o b) –art. 21.2-. Por otro lado, se establece también en el convenio la obligación de tipificar el delito de proposiciones a niños con fines sexuales (*solicitation of children for sexual purposes*), más conocido como una manifestación del *child grooming*, que implica, a tenor de este convenio, que un adulto mediante las TICs proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual con el propósito de cometer contra él el delito de abusos sexuales del artículo 18.1.a) o el delito de producción de pornografía infantil (art. 20.1.a), y que a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.

Al igual que el Protocolo de Nueva York, este convenio ordena a los Estados Partes la adopción de las medidas legislativas o de otro tipo que fuesen necesarias para prevenir o prohibir la difusión de materiales que hagan publicidad de los delitos tipificados con arreglo al mismo (art. 8.2).

La explotación sexual de los niños constituye también una preocupación de primer orden en la Unión Europea, proclamándose inicialmente en la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, el derecho de todo niño a ser protegido contra toda forma de explotación sexual (especificándose en concreto la explotación con fines de prostitución o de producciones pornográficas) y su derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma

lesiva para su dignidad. Más adelante se identificó la explotación sexual como uno de los ámbitos delincuenciales que por su especial gravedad y dimensión transfronteriza facultan a la Unión Europea para el establecimiento de normas mínimas sobre la definición de las infracciones penales y el establecimiento de sanciones (art. 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009).

Una de las primeras manifestaciones de la Unión Europea en este ámbito tuvo lugar a raíz de la Decisión del Consejo 2000/375/JAI, de 29 de mayo de 2000 relativa precisamente a la lucha contra pornografía infantil²⁹, a la que seguiría la Decisión marco del Consejo 2004/68/JAI, de 22 de diciembre, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil³⁰ y finalmente la actualmente vigente y ya aludida Directiva 2011/93/UE³¹. A tenor de

²⁹ Esta decisión tenía como objetivo el reforzamiento de las medidas de prevención y de lucha contra la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de pornografía infantil y la efectiva investigación y persecución de ese tipo de infracciones a través de la promoción de la participación de los usuarios de internet en la denuncia de esos hechos, de la creación de unidades especializadas dentro del ámbito policial para su investigación y la cooperación policial entre los estados, y del establecimiento de obligaciones para los proveedores de servicios de internet –deber de informar a las autoridades sobre material pornográfico relativo a menores; retirada de su circulación en la Red, conservación de datos de tráfico y creación de sistemas propios de control–.

De unos años antes son dos acciones comunes del Consejo relativas a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños: la Acción Común 96/700/JAI, de 29 de noviembre de 1996, y la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997.

³⁰ Esta decisión marco describía como infracciones relacionadas con la pornografía infantil las conductas, realizadas o no mediante sistemas informáticos, cometidas sin derecho, de producción, distribución, difusión o transmisión, ofrecimiento o suministro, adquisición o posesión de pornografía infantil (art. 3.1.a, b, c y d). Si bien por lo que se refería a la configuración de este ámbito delictivo a nivel interno se dotaba a los Estados de cierta flexibilidad en la tipificación penal, facultándoles a excluir de responsabilidad penal a determinadas conductas de pornografía infantil. Se demandaba también la tipificación como delito de otras conductas de explotación sexual relacionadas con la pornografía, como eran las conductas consistentes en: a) coaccionar a un niño para que participase en espectáculos pornográficos, o lucrarse con ello o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines; b) captar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos (art. 2).

³¹ En un primer momento se numeró la 92. *Vid.* GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: la Directiva 2011/92/UE», en *RP*, 2012, n.º 30, pp. 35-59; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una necesaria reforma del artículo 189 del Código Penal», en *CPC*, 2012, n.º 108, pp. 70-92; RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores

ésta la Unión Europea determina la tipificación como delito relativo a la pornografía infantil de las conductas consistentes en la realización de forma ilícita de la adquisición o la posesión de pornografía infantil (art. 5.2); del acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las TICs (art. 5.3); de la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil (art. 5.4); del ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil (art. 5.5); y de la producción de pornografía infantil (art. 5.6). También disciplina la punibilidad de las formas de participación criminal en todas estas conductas y de la tentativa de las conductas descritas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 5 (art. 7).

En consideración a la amplitud del concepto de pornografía infantil que utiliza, al que más adelante aludiremos, se faculta a los Estados a que decidan si tipifican o no algunas de esas conductas. Exactamente los Estados pueden decidir no dar relevancia penal a aquellas conductas que tienen por objeto el material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales cuando esa persona resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes (art. 5.7). También queda a su discrecionalidad la tipificación de la adquisición, posesión y producción de pornografía infantil en el caso de imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales, si han sido producidas y están en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, no se ha empleado para su producción material pornográfico referido en el artículo 2.c.i, ii –pornografía real–, y iii –pornografía técnica–, y el acto no implica riesgo de difusión del material (art. 5.8). Igualmente la Directiva reconoce a los Estados la posibilidad de no tipificar la adquisición o posesión y la producción de pornografía infantil en aquellos casos en los que en el material pornográfico intervienen menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando el material ha sido producido o se posee con su consentimiento y se emplee exclusivamente para uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos (art. 8.3). Nuestro país, como veremos,

y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el anteproyecto de reforma del Código penal, en *RDPP*, 2013, n.º 32, pp. 227-267; GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE», en *Revista de internet, derecho y política*, 2014, n.º 19, pp. 105-116.

únicamente ha hecho uso explícito de la primera facultad, obviando una realidad del florecer sexual de los menores de hoy como es la realización de imágenes consentidas de naturaleza sexual para uso exclusivo de quienes participan en las mismas, conduciendo innecesariamente, a nuestro juicio, a su tipificación³². A todas las conductas descritas, la Directiva señala una pena, que siendo siempre pena privativa de libertad presenta una duración distinta dependiendo de la modalidad delictiva. En los casos descritos en el artículo 5.2 y 3 aquella sería de al menos un año; en las conductas recogidas en el artículo 5.4 y 5.5 de al menos dos años, y en el delito del artículo 5.6 de al menos tres años.

La Directiva tipifica asimismo, como vimos ya en el Convenio de Lanzarote, una serie de conductas relacionadas con los espectáculos pornográficos, definidos en ella como la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las TICs, de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada (art. 2.e.i) o de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales (art. 2.e.ii). En primer lugar se describen las conductas consistentes en hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines; que se castigarían con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento, y de al menos dos años si el menor ha alcanzado esa edad. Una pena que se agrava cuando se emplea coacción, fuerza o amenaza para que el menor participe en espectáculos pornográficos. En este caso las penas privativas de libertad tendrán que alcanzar una duración máxima de al menos ocho años si el menor no tenía la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años en otro caso (art. 4.3). Y en segundo lugar se menciona el asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores; que se sanciona con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha cumplido la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad (art. 4.4). No obstante lo dicho, la Directiva deja en manos de los Estados la criminalización de esa última con-

³² En esta línea MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una necesaria reforma del artículo 189 del Código Penal», p. 73; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, cit., p. 176. De otra opinión AGUSTINA, J. R., «¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores?», en AGUSTINA, J. R. (dir.), *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos*, Ed. Edisofer, Madrid, 2011, *passim*.

ducta si el espectáculo pornográfico tiene lugar en el contexto de una relación consentida cuando el menor haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, o entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física o psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos ni explotación y que no medie dinero u otras formas de remuneración o contraprestación a cambio del espectáculo pornográfico (art. 8.2).

A semejanza de lo que hacía el Convenio de Lanzarote, pero adelantando aún más las barreras de la protección penal, esta directiva persigue la configuración como delito de algunas modalidades de *grooming* a niños con fines sexual. A ello se refiere genéricamente como embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos (*solicitation of children for sexual purposes*). En este punto, junto a la conducta referida al hilo del citado convenio, nos encontramos con la tentativa de un adulto, por medio de las TICs, de cometer los delitos de adquisición o posesión de pornografía infantil o de acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las citadas tecnologías cuando embauca a un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor.

La explotación sexual de los menores se ha abordado además en el plano internacional con motivo de la lucha contra la trata de seres humanos dado que una de sus finalidades es precisamente ese tipo de explotación, de ahí que en este breve recorrido por los textos supranacionales no podía faltar la cita del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de seres humanos, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, ambos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000; del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, y de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas³³.

A la luz de los textos jurídicos analizados cabría concluir que en el momento actual Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea defienden desde una perspectiva penal una estrate-

³³ El instrumento de ratificación por España del Protocolo fue publicado en el BOE n.º 296, de 11 de diciembre de 2003, y el del Convenio de Varsovia en el BOE n.º 219, de 10 de septiembre de 2009.

gia de lucha contra esta forma de explotación sexual de los menores diseñada sobre la premisa de actuar frente a todas las fases del proceso de elaboración y puesta a disposición de imágenes de abuso sexual a menores incluida la criminalización del mero poseedor e incluso, en atención a las últimas demandas, del mero curioso, en base a diversos argumentos, algunos muy discutibles. Se ha apelado sobre todo a la controvertida tesis sobre la relevancia causal que la pornografía infantil tiene en la comisión de otros delitos sexuales de los que son víctimas los menores; a su potencial para fortalecer las conciencias favorables a las prácticas sexuales con menores, no obstante, adentrarse en la libertad de pensamiento y expresión del ser humano; a la intensificación del daño causado al menor en el caso de la visualización de las imágenes de abusos sexuales de niños reales; y a una visión mercantilista de la explotación de menores que trataría de poner fin a la producción de este material a través de la desmotivación de la demanda, obviando, por ejemplo, que en un porcentaje muy importante de los casos este tipo de conductas no responden a una finalidad económica sino a causas más profundas entroncadas en la propia naturaleza de algunos seres humanos³⁴.

Además aunque el concepto de pornografía infantil desde el prisma de la criminalización se haya acotado principalmente, como veremos, a las representaciones visuales de los abusos sexuales a menores, se trata de favorecer la asunción por los estados de un concepto amplio de pornografía infantil, en el que se engloba toda aquella pornografía en la que aparece representado visualmente un menor realizando una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o exhibiendo sus órganos sexuales, no siendo necesario que para su elaboración se haya tenido que utilizar a un menor real.

Esta tendencia criminalizadora ha suscitado importantes críticas doctrinales sobre la legitimidad del castigo de aquellas acciones que no comportan una explotación directa de un concreto menor con fines sexuales, en la medida en que, si bien moralmente serían merecedoras del mayor reproche, ni comportan la lesión de la libertad o la indemnidad sexual de los menores ni su configuración como delitos de peligro abstracto para la libertad e indemnidad sexual de los mismos tiene el respaldo en el momento presente de la eviden-

³⁴ Sobre la figura del pedófilo *vid.* MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 193-214.

cia empírica³⁵. Al respecto podríamos mencionar los resultados del meta-análisis realizado por Seto y otros con el objetivo de realizar una estimación del volumen de los delitos sexuales cometidos por ciberdelincuentes sexuales (*online sexual offender*) que implican un contacto con la víctima en el entorno tradicional (*offline sexual offending*), sirviéndose a tal fin de estudios sobre antecedentes por delitos sexuales cometidos en el entorno tradicional así como sobre la probabilidad de que un delincuente sexual *online* pueda cometer conductas de esa naturaleza en el entorno tradicional³⁶. En este estudio se refleja que si bien aproximadamente uno de cada ocho (12,5%) de los ciberdelincuentes tenían en el momento de cometer el delito *online* un antecedente por delito sexual de contacto llevado a cabo en el medio tradicional de acuerdo con los datos de detenciones, acusaciones y condenas –siendo la prevalencia más elevada cuando la fuente de la información era el autoinforme; método de investigación a través del cual se había revelado que aproximadamente la mitad de los ciberdelincuentes habían admitido un delito sexual de contacto anterior³⁷–, cabía identificar a un grupo distinto de ciberdelincuentes

³⁵ Vid. OXMAN, N., «Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica», en *Polít. Crim.*, 2011, vol. 6, n.º 12, pp. 279-288. WOLAK, J./FINKELHOR, D./MITCHELL, K., «Child pornography possessors: trends in offender and case characteristics», en *Sexual abuse: a journal of research and treatment*, 2011, 23, p. 23, señalan igualmente que en EE. UU no existen estudios que demuestren la afirmación de que la accesibilidad a las imágenes podría provocar los abusos sexuales; es más, informan de que diversas fuentes (estadísticas oficiales del servicio de protección de menores, del sistema de justicia penal, encuestas de victimización) reflejan en realidad un descenso de estas conductas (así entre 1992 a 2007 el servicio de protección de menores constataría un descenso del 53%), no pudiéndose hablar de una correspondencia entre la expansión de las imágenes *online* y la cifra de abusos sexuales. También OST, S., *Child pornography and sexual grooming: legal and societal responses*, cit., pp. 108-113.

³⁶ SETO, M. C./HANSON, R. K./BADCHISHIN, K. M., «Contact sexual offending by men with online sexual offenses», en *Sexual abuse: a journal of research and treatment*, 2010, 20 (10), pp. 1-22.

³⁷ Esta técnica de análisis aplicada sobre una población sometida a determinados programas de tratamiento presenta algunos inconvenientes de validez cuando opera sobre una muestra poblacional previamente seleccionada con arreglo a criterios penitenciarios; no debiéndose olvidar tampoco que si el éxito del programa comprende el reconocimiento de la comisión de delitos, se podría estar fomentando tal reconocimiento por parte incluso de sujetos que no los hubieran cometido en aras de concluir satisfactoriamente el programa. No obstante, plasmamos aquí algunos de los resultados del estudio de Bourke, M. L./ Hernandez, A. E., «The «Butner Study» Redux: A report of the incidence of hands-on child victimization by child pornography offenders», en *Journal of family violence*, 2009, n.º 24, pp. 183-191, investigación que se encuentra entre las analizadas en el estudio citado de Seto y otros. De acuerdo con el *Butner Study*, el 74% de los condenados por un delito relacionados con las imágenes de abusos sexuales –excluyendo la producción– no tenían, a tenor

cuyo único delito sexual sería el relativo a la pornografía infantil o, con menor frecuencia, el de proposiciones sexuales a niños a través de la red. Éstos rara vez realizaban conductas sexuales de contacto físico con las víctimas, destacándose que durante un período de seguimiento de hasta seis años menos del 5% cometieron un nuevo delito sexual o violento.

En este orden de cosas no es infrecuente que se llame la atención por parte de la doctrina española sobre la instrumentalización del Derecho penal para el cumplimiento de una función simbólica a través de la cual transmitir a la ciudadanía lo inadecuado de realizar determinados comportamientos de índole sexual que no implican un contacto con menores reales, aunque ello signifique una afectación a su libertad e intimidad personal injustificada por razones de la protección de menores. La última reforma penal se ha encargado además de dar una nueva vuelta de tuerca a la regulación penal de estos delitos avocando inexorablemente a observar con otra mirada imágenes cotidianas cuando en ellas se vean los órganos sexuales de un menor.

III. Los delitos relativos a la pornografía infantil: Las imágenes de abusos sexuales a menores

1. Breve referencia a su tratamiento penal antes de la aprobación de la LO 1/2015

Los delitos relativos a la pornografía se configuraron de forma autónoma por primera vez en el Código penal de 1995, siendo captadas algunas de estas conductas con anterioridad mediante el genérico delito de corrupción de menores del artículo 452 *bis* b) del Código penal de 1973. A partir de ese momento, estos delitos, que tienen como víctimas no solo a las personas menores de edad sino también a las personas discapacitadas necesitadas de especial protección

de las fuentes oficiales, en el momento de su condena antecedentes por delitos sexuales que implicasen contacto corporal; sin embargo, tras el desarrollo de un programa de tratamiento penitenciario un 85% reconocieron al menos un delito de esa índole y en menos de un 2% de los condenados se verificaron casos que afectasen únicamente a las imágenes, destacándose que ellos mismos sentían que si hubiesen tenido oportunidad hubieran estado en riesgo de materializar el abuso. A partir de estos datos, cuya generalización es cuestionable debido al sesgo de selección muestral, podría extraerse que quien abusa sexualmente del menor, está familiarizado con la pornografía infantil, pero en ningún momento se explicaría la relación causal que pudiera existir entre esos delitos y la realización de abusos sexuales con contacto.

—antes de la reforma del Código penal por LO 1/2015 designadas con el término incapaces—³⁸, han estado sometidos a continuas reformas dirigidas a incrementar la intervención penal, afectando al número de las conductas incriminadas y/o de sus correspondientes sanciones penales, y equiparando el tratamiento penal de conductas que en atención a su peligrosidad y al bien jurídico al que afectan presentan un distinto desvalor. Todo ello con la mirada puesta especialmente en frenar el crecimiento de un tipo de conducta que indudablemente, como apuntamos con anterioridad, se ha visto potenciada al amparo de la explosión, generalización y desarrollo de las TICs³⁹.

Si en un primer momento, el Código penal, en su capítulo dedicado a los delitos relativos a la prostitución, castigaba la utilización de un menor de edad o de un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189.1), así como, en su capítulo concerniente a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, la difusión, venta y exhibición, por cualquier medio directo, de material pornográfico entre menores de edad o incapaces (art. 186) —tipo penal que subsiste hasta la actualidad—, a pocos meses de su entrada en vigor se advirtió la necesidad de revisar la intervención penal en los comportamientos de esa naturaleza que inciden especialmente sobre el colectivo de menores, por mor de la relevancia internacional que comenzaba a adquirir la problemática de su explotación sexual y de una nueva ponderación de los derechos inherentes a la dignidad del ser humano, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el

³⁸ A efectos penales se considera persona con discapacidad necesitada de especial protección a «aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente», y se define la discapacidad como «aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 25).

³⁹ Entre otros, ha estudiado el tratamiento legal de estas conductas al hilo de las diversas reformas habidas desde la aprobación del Código penal de 1995 FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet», en *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2002, n.º 20, pp. 249-276; «La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003», en BUENO ARÚS, F./GUZMÁN DALBORA, J. L./SERRANO MAÍLLO, A. (coords.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 703-725; *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 107-151.

derecho a la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces⁴⁰. Todo ello, cómo no, en el trasfondo del debate social abierto a raíz de diversos casos mediáticos como el de los jóvenes estudiantes de informática de Vic que poseían y difundían gran material de pornografía infantil. A resultas de esta revisión, se aprobó la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, que, entre otras cosas, modificó la rúbrica de ese título, quedando como hoy la conocemos: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». Esta reforma, enfocada a garantizar, según consta en la Exposición de motivos de la ley (p. 1), una auténtica protección a la integridad y a la libertad sexual de menores e incapaces, amplió, por lo que aquí interesa, las conductas penalmente relevantes de naturaleza pornográfica, abarcando los tipos penales, a partir del 21 de mayo de 1999, sin discusión posible, junto con la utilización de menores de edad o de incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos –especificándose desde ese momento que los mismos pueden ser tanto públicos como privados–, su utilización para elaborar cualquier clase de material pornográfico⁴¹ y la financiación de esas actividades (art. 189.1.a), así como, en aras de criminalizar toda una serie de actos de tráfico de ese material ejecutados por personas que no habían intervenido en la utilización del menor o del incapaz, las acciones de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier

⁴⁰ Así se refleja en la Exposición de motivos de la LO 11/1999 –ley que comenzó a tramitarse el 17 de octubre de 1997– en la que se mencionan en concreto las directrices marcadas en la Resolución 1099 (1996) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, y la Acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el día 29 de noviembre de 1996. Y en la que también se recuerda que el G. P. Popular había presentado una proposición de ley, aprobada por el Pleno del Congreso el 26 de noviembre de 1996, complementada con otra de 6 de mayo de 1997, para promover una nueva reforma de estos delitos.

⁴¹ No obstante, esta conducta podría entenderse subsumida en la modalidad de utilización del menor o incapaz con fines exhibicionistas o pornográficos; así RODRÍGUEZ PADRÓN, C., «Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Ed. CGPJ, Madrid, 1999, p. 31; o GARCÍA VALDÉS, C., «Acerca del delito de pornografía infantil», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./GURDIEL SIERRA, M./CORTÉS BECHIARELLI, E. (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 416; MORALES PRATS, F., «Los ilícitos en la red (II): pornografía infantil y ciberterrorismo», en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político criminales*, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 281.

medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces (art. 189.1.b, p.1)⁴²; y una modalidad de consumación anticipada como es la posesión de ese material para la realización de cualquiera de las conductas mencionadas (art. 189.1 b, p. 2). Se rechazó por las Cortes Generales, sin embargo, en aquel momento, la tipificación de la posesión simple y de la mera asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos, que estaba prevista en el artículo 189.2 del Proyecto de LO de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal⁴³. Consiguientemente el ámbito de incriminación se asentaba sobre conductas en las que efectivamente era utilizada una persona con el fin de excitar sexualmente a otra, así la utilización en espectáculos o en la elaboración o producción del material pornográfico, pero también sobre comportamientos que incidían únicamente sobre el material pornográfico ya producido; adquiriendo relevancia penal los dos primeros eslabones del conjunto de actividades que alumbran el fenómeno de la pornografía infantil. Y asimismo se configuraban como conductas de autoría, comportamientos que responden propiamente a actos de cooperación en el delito, incluso de mera complicidad, acogién-dose en relación con estos delitos un concepto unitario de autor. Se comenzaba así a cimentar una línea de reacción penal frente a este fenómeno, cuestionada en ocasiones por el propio Tribunal Supremo, quien, por ejemplo, llegaría a afirmar que «no está claro que la vía de la protección del bien jurídico sea la más adecuada. Se utiliza un derecho penal objetivo en el que la culpabilidad, más moral que jurídica, se conecta con el resultado, a través de los hilos invisibles del ordenador y discurre por el inabarcable software de la red» –STS n.º 913, de 20 de septiembre de 2006 (FJ 1.º)-.

Por referencia a las conductas destacadas se precisó además la indiferencia a efectos penales del hecho de que el material tuviere su origen en el extranjero o fuese desconocido. No siendo necesario tal pronunciamiento, sin embargo, desde el momento en que en esos tipos no había ningún elemento del que pudiera desprenderse que la tutela penal quedaba restringida a conductas referidas a material

⁴² La acción típica de producir descrita en el artículo 189.1 b) estaría referida, como ha apuntado la FGE en su Consulta 3/2006, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, p. 12, a las conductas de producción del material a partir de material pornográfico ya producido por otros.

⁴³ Tras la aceptación de diversas enmiendas dirigidas a la supresión de la criminalización de esas conductas en el Informe de la Ponencia del Congreso, el G. P. Popular presentó en el Senado la enmienda n.º 31 en la que mantenía su propuesta inicial, siendo ésta en esta cámara aprobada pero rechazada de nuevo en el Congreso de Diputados.

pornográfico originado en nuestro territorio, a través del mismo se estaba evidenciando el carácter transfronterizo del fenómeno de la pornografía infantil⁴⁴. A lo que habría contribuido decididamente la popularización de internet, de ahí tal vez otra expresión utilizada en la descripción de las conductas del artículo 189.1.b) p. 1, que alude a que las mismas se lleven a cabo «por cualquier medio».

Todas las conductas tipificadas en el artículo 189.1, englobadas bajo un nuevo enunciado del capítulo V del Título VIII, «De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores»⁴⁵, y equiparadas legislativamente, y de forma muy cuestionable, en cuanto a su gravedad, con una ligera salvedad en relación con la conducta de posesión del material mencionado con fines de tráfico, se agravaron de forma importante para el caso del culpable perteneciente a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades, en atención a la mayor peligrosidad de la conducta (art. 189.2).

El fenómeno de la pornografía infantil no tardaría en ser de nuevo objeto de revisión legal, no en vano hacía poco tiempo que había entrado en vigor para España el Protocolo de Nueva York; nuestro país había firmado el Convenio sobre ciberdelincuencia, que, no obstante, tardaría en ratificar; y además en la Unión Europea se abordaba la elaboración de una decisión marco contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil⁴⁶. En este contexto entraría en vigor una nueva reforma de estos delitos el 1 de octubre de 2004 ejecutada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Concretamente por vía de la misma se endurecieron las penas previstas para todas las conductas descritas en el artículo 189.1, incluida la posesión con fines de tráfico que se equipara en gravedad al resto de las hasta en-

⁴⁴ La importancia del mismo en el plano internacional abocó a que la LO 11/1999, modificara también la LOPJ para incorporar entre los delitos sobre los que versa el principio de justicia universal los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. En el momento presente los tribunales españoles tienen competencia para conocer de todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores al amparo del principio de justicia universal, si bien éste se ha reformulado en unos términos que han restringido su aplicación (art. 23.4.k, 5 y 6 LOPJ).

⁴⁵ El cambio de denominación de la rúbrica se produce como consecuencia de la rehabilitación del cuestionado delito de corrupción de menores.

⁴⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una necesaria reforma del artículo 189 del Código Penal», cit., p. 69, señala que la LO 15/2003 habría tenido en cuenta algunas disposiciones de la propuesta de decisión marco que finalmente no se recogieron en la Decisión Marco 2004/68/JAI.

tonces existentes, situándose el límite máximo del marco penal de la pena de prisión en cuatro años en lugar de tres⁴⁷; se ampliaron los tipos cualificados de estas conductas, sumándose a la circunstancia agravante específica consistente en que el culpable perteneciere a una organización o asociación de las mencionadas, las relativas a la utilización de niños menores de trece años, al carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos, a la especial gravedad de los hechos atendiendo al valor económico del material pornográfico, a la representación de niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual, a la condición de ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz del responsable (nuevo art. 189.3); se aumentó la duración de la pena de prisión también en estos tipos, siendo su marco penal de 4 a 8 años, lo que supuso un incremento de su límite máximo de tres años y seis meses; se introdujo el tipo penal de la posesión de material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces para el propio consumo (nuevo art. 189.2), adquiriendo relevancia penal con ello el tercer eslabón de la cadena del fenómeno de la pornografía infantil, y el tipo identificado en la Exposición de motivos de la citada ley como pornografía infantil virtual del entonces nuevo artículo 189.7, esto es, la producción, venta, distribución, exhibición o facilitación por cualquier medio de material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada (*morphing*), conocido por la FGE como pseudopornografía infantil⁴⁸; y se dispuso la posibilidad de aplicar las consecuencias accesoria del delito previstas en el artículo 129 de este código en el caso de que el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades (art. 189.8)⁴⁹.

Paralelamente en la Unión Europea se trabajaba, como decíamos, también en el campo de la protección penal de los menores frente a su explotación sexual, y pocos meses después de que se aprobase la mencionada reforma de nuestro Código penal vio la luz la mencionada Decisión Marco 2004/68/JAI, de obligada transposición al derecho

⁴⁷ El límite máximo de la pena de prisión prevista para la posesión con fines de tráfico era con anterioridad de dos años.

⁴⁸ Consulta de la FGE 3/2006, sobre determinadas cuestiones de los delitos relacionados con la pornografía infantil, p. 11.

⁴⁹ También se puntualizó que el soporte del material pornográfico podría ser cualquiera, cuestión que no planteaba mayores problemas, pero a través de la cual se puede entrever un intento de captar cualquier innovación futura que pudiera dar cabida a ese material.

interno para España. La adaptación de nuestra regulación a los imperativos de la Unión Europea tardaría, no obstante, en encauzarse, no adoptándose una nueva reforma del Código penal en este campo hasta la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal; momento en que España ya había firmado el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Con motivo de la misma se extienden aún más las conductas criminalizadas, castigándose la captación de menores de edad o de incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, el lucrarse con tales actividades (nuevo art. 189.1.a) y el ofrecimiento de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces (nuevo art. 189.1.b)⁵⁰, y se elevan las penas de las modalidades típicas descritas en el artículo 189.1, siendo la duración máxima de la pena de prisión prevista para las modalidades básicas de cinco años, y el marco penal de la pena de prisión de los tipos cualificados de 5 a 9 años. Cabría destacar también que a raíz de esta reforma los delitos relativos a la pornografía infantil forman parte del elenco delictivo del que pueden ser responsables penalmente las personas jurídicas (art. 189 *bis*); que en aras de una mayor protección de estas víctimas se crea la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas, que puede aplicarse con carácter principal (art. 192.3); y que se establece, imperativa o facultativamente, dependiendo del caso, la medida de seguridad de libertad vigilada para los responsables penales de los delitos sexuales (art. 192.1).

A lo largo de todo este tiempo, como era de esperar, la actividad policial en este ámbito se ha incrementado de forma muy importante. Según datos obrantes en los informes anuales del Ministerio del Interior de 2000 a 2014, los delitos detectados de pornografía infantil fueron 45 en el año 2000, superaron las centenas a partir de 2004 y la unidad de millar en los años 2008 y 2009, para comenzar en el año 2010 un descenso y volver a alumbrar un cambio en la tendencia en 2014⁵¹.

⁵⁰ Como advierte Fernández Teruelo, J. G., *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, cit., p. 128, dada la amalgama de verbos típicos, el ámbito propio de la conducta de ofrecimiento estaría formado por los casos en los que el sujeto que ofrece ni exhibe ni posee el material.

⁵¹

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
45	77	87	84	157	327	392	677	1131	1159	877	715	569	508	625

2. *Modificaciones introducidas por la LO 1/2015*

2.1 Observaciones generales

Los delitos objeto de este trabajo se encuentran tipificados en el artículo 189 del Código penal, integrado en el capítulo V, del Título VIII, del Libro II del Código penal, cuya rúbrica, tras la reforma que estamos comentando, reza «De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», pudiendo ser responsables penales de los mismos tanto las personas físicas como las personas jurídicas (art. 189 *bis*). Este artículo está estructurado actualmente en ocho apartados, ordenados con un mejor criterio sistemático que en anteriores ocasiones. De la tipificación de las conductas que inciden directamente sobre las imágenes de abusos sexuales a menores se ocupan exactamente los apartados 1, 2, 3 y 5. El apartado primero se compone a su vez de dos grandes apartados a los que se reconducen las modalidades básicas de estos delitos. Abreviadamente se suelen designar éstas como delitos relativos a la utilización de menores para fines pornográficos, entre los cuales se encuentran algunas conductas que no recaen sobre material de pornografía infantil como la genérica utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos (art. 189.1.a), y delitos relativos a la difusión o tráfico del material de pornografía de infantil (art. 189.1.b). El apartado segundo recoge un elenco de circunstancias agravantes específicas que operan sobre todas o parte de las modalidades básicas. El apartado tercero establece un tipo cualificado que se proyecta sobre los tipos básicos y el tipo agravado del apartado segundo. Y el apartado quinto, a modo de cierre del sistema, funcionaría como un tipo residual que capta los denominados, a veces por la doctrina, delitos solitarios. A lo largo de los mismos se deja constancia de la voluntad del legislador de colmar todas las posibilidades punitivas relacionadas con estos delitos, aunque ello haya podido significar la duplicidad descriptiva de algunas de ellas en algún caso, debiéndose proceder, consecuentemente, a la delimitación de su ámbito respectivo de aplicación; la equiparación en muchos casos de su desvalor y la proyección sobre gran parte de ellas de un elenco amplio de circunstancias agravantes específicas. A todas ellas nos referiremos más adelante tras abordar el concepto de pornografía infantil, dado que a partir del mismo la tipificación de algunas de esas conductas, como ya anticipábamos, es objeto de duras críticas por una parte de la doctrina española.

A raíz de la reforma del artículo 189 por LO 1/2015 se tipifica en su apartado cuarto, por otra parte, una nueva conducta relaciona-

da con la utilización de los menores o personas con discapacidad necesitada de especial protección en espectáculos exhibicionistas o pornográficos⁵². De manera que con la entrada en vigor de esa ley, se castiga no solo la captación, la utilización de esas personas en esos espectáculos, su financiación y la obtención de lucro con estas actividades –acciones previstas también en el artículo 189.1.a)–, sino también la asistencia a sabiendas a los mismos⁵³. Se solventa así una de las incongruencias de la política criminal española frente a la explotación sexual de los menores como era el reconocimiento de trascendencia penal a la posesión para consumo propio de pornografía infantil y no a la asistencia a esos espectáculos. Una conducta ésta además de mayor gravedad, como se refleja en la pena que se le ha asociado, pena única de prisión de 6 meses a dos años, en la medida en que comporta el presenciar directamente el sometimiento del menor a un proceso de victimización⁵⁴. Al apartado sexto ha sido reconducido el delito de omisión del deber de impedir la continuación del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección en estado de prostitución o de corrupción; trasladándose al apartado séptimo el deber del Ministerio Fiscal de promover las acciones pertinentes para privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que lleve a cabo esa omisión.

Desde la perspectiva penológica las novedades que aporta la reforma afectan en primer lugar, a la pena de inhabilitación especial y más en concreto a dos de sus modalidades (art. 192.3). Por un lado, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de determinados derechos civiles comprende ahora también el acogimiento, junto con la patria potestad, la tutela, la curatela y la guarda, continuando con su duración de seis meses a seis años. Por otro lado, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio, que

⁵² Algunos autores han defendido que esta conducta ya era penalmente relevante en los casos en los que el asistente al espectáculo pagaba un precio por ello al considerar este pago una forma de financiación del espectáculo. Así Gómez Tomillo, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *RECPCR*, 2005, n.º 7, p. 28. En contra CUGAT MAURI, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales», en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 409.

⁵³ No se ha introducido en el Código penal una definición de espectáculo pornográfico, aunque la propia Directiva de la Unión Europea ofrece una, que servirá para interpretar el tipo penal.

⁵⁴ Igualmente MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una necesaria reforma del artículo 189 del Código Penal», cit., p. 84.

hasta este momento y con la misma duración que la anterior estaba prevista como pena principal facultativa para todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, además de mantenerse como tal⁵⁵, adopta un nuevo perfil como pena imperativa por ley, si bien solo en su concreta manifestación de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, retribuido o no, que conlleve contacto regular y directo con menores, y únicamente en relación con los responsables de los delitos comprendidos en el capítulo II *bis* (delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) y en el capítulo V (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores). El efecto inmediato que se persigue con esta pena se consigue también, y de forma más amplia, a través de la normativa de protección de menores al preverse en el artículo 13.5 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, tras su modificación por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, como requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado en sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, incluyéndose expresamente en esta categoría las agresiones y abusos sexuales, el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual, la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, a los que se unen los delitos de trata de seres humanos⁵⁶. Una reforma ésta, al igual que la del artículo 192.3, auspiciada también por el Convenio de Lanzarote (art. 5.3) y la Directiva 2011/93/UE (art. 10), donde no se prejuzgaba la naturaleza jurídica de las medidas tendentes a evitar ese tipo de contacto.

La duración de esta pena depende de la penalidad prevista en el correspondiente tipo penal, que principalmente comporta al menos una pena de prisión, pero no siempre⁵⁷. El artículo 192.3 distingue dos situaciones. La duración de esta pena de inhabilitación especial oscilará entre dos a diez años si no se ha impuesto una pena de prisión; cuando se ha impuesto una pena de privación de libertad en la sentencia, su duración tiene que ser superior a la de ésta entre tres y

⁵⁵ MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., «Art. 189», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (artículos 1 a 233)*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1404, realizan una interpretación restrictiva de esta norma vinculando esta pena de inhabilitación especial a los sujetos mencionados en el artículo 189.2.

⁵⁶ Sigue diciendo la ley que quien pretenda acceder a tales profesiones, oficios o actividades tienen que acreditar ese requisito mediante la aportación de una certificación negativa del registro central de delincuentes sexuales.

⁵⁷ *Vid.* artículos 183 ter, 189.5 y 189.6.

cinco años. A los efectos de concretar su duración dentro de ese marco penal se establecen como criterios a tener en cuenta la proporcionalidad con la gravedad del delito, el número de delitos cometidos y las circunstancias del sujeto.

En segundo lugar, el hecho de que el condenado lo haya sido por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales es tenido en cuenta tras esta reforma en otras instituciones penológicas como sería el caso de la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero comunitario con residencia en España de al menos diez años (art. 89.4), y el nuevo régimen de libertad condicional para delinquentes que cumplen su primera condena en prisión, del que estos condenados quedan excluidos (art. 90.3)⁵⁸.

El nuevo tratamiento que reciben las consecuencias accesorias del delito refleja también algunas consideraciones particulares hacia este tipo de delincuencia. Por un lado, la reforma ha enlazado a estos delitos una nueva consecuencia accesoria, demandada por el Convenio de Lanzarote (art. 37): la toma de muestras biológicas de la persona del condenado para su análisis con el objetivo de obtener identificadores de ADN en orden a su inscripción en la base de datos policial. Tal y como se regula en el artículo 129 *bis*, se trata de una facultad judicial fundamentada en la existencia de un peligro relevante de reiteración delictiva deducido de las circunstancias del hecho, los antecedentes, la valoración de la personalidad del condenado, o de otra información disponible. Señala la ley además que únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Y además prevé su ejecución forzosa, ante la negativa del afectado a la recogida de las muestras, mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, respecto de las que exige que en todo caso sean proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad. Si así lo acuerda el órgano judicial, el código identificador del ADN del condenado por delitos sexuales se hará constar también en el recientemente creado Registro Central de Delinquentes Sexuales⁵⁹. Por otro lado, los deli-

⁵⁸ Por otra parte, en el marco de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y de la suspensión condicional de la pena, Instituciones penitenciarias, Instrucción 1-10/2015, de 18 de diciembre, los nuevos programas de intervención de penas y medidas alternativas, ha implementado el programa de intervención frente a la delincuencia sexual con menores en la red –Fuera de la red–.

⁵⁹ Artículo 5.1 del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delinquentes Sexuales (BOE n.º 312, de 30 de diciembre).

tos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años se recogen en el elenco de delitos que dan lugar al decomiso ampliado (art. 127 *bis*), cuestión sobre la que también incidían genéricamente el Convenio de Lanzarote y la Directiva de la Unión Europea (art. 27.3 y 5 y art. 11, respectivamente).

Finalmente y al amparo del artículo 25 de la Directiva 2011/03/UE se ha incorporado un apartado 8.º al artículo 189 que establece la obligación de los jueces y tribunales de ordenar la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o que difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de internet que se encuentren en territorio español⁶⁰. Unas medidas que también podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal.

2.2 Objeto material del delito: el concepto de pornografía infantil

Una de las grandes novedades de la reforma comentada se encuentra precisamente en el establecimiento en el Código penal de una definición de la pornografía, tanto de la pornografía denominada en la ley pornografía infantil como de la pornografía que afecta a las personas con discapacidad necesitadas de una especial protección. A ello se refiere el artículo 189.1, párrafos finales, cuya lectura enseguida alumbrará además un tratamiento diferenciado de ambos tipos de pornografía, prescindiéndose en el caso de los menores de la exigencia de que efectivamente el material estuviese referido a un menor real, existente, de carne y hueso; interpretación a la que conducía la desaparecida expresión «material pornográfico en cuya

de 2015). De acuerdo con su artículo 3.1, este registro «constituye un sistema de información, de carácter no público y gratuito, relativo a la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, regulados en el Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con independencia de la edad de la víctima».

⁶⁰ *Vid.* artículo 8 sobre restricciones a la prestación de servicios y procedimiento de cooperación intracomunitario de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, donde expresamente se hace referencia a la protección de la infancia y juventud.

elaboración hayan sido utilizados menores de edad»⁶¹. No así en el caso de las personas con discapacidad necesitadas de una especial protección en relación con las cuales se sigue exigiendo necesariamente que hayan sido utilizadas en la elaboración del material⁶². Esta diferencia se refleja consecuentemente también en las distintas clases de pornografía que van a abarcar los tipos penales. Y tiene su explicación en la alineación de nuestro país con la política criminal que en materia de explotación sexual de los menores se viene desarrollado en el plano supranacional, plasmada en las ya mentadas normas jurídicamente vinculantes para España por las que ésta se ha obligado a dispensar una protección penal frente a la pornografía infantil que se extiende a supuestos en los que no se produce ataque directo, o incluso indirecto, alguno a un menor realmente existente sobre la ponderación de otras cuestiones ligadas al fenómeno de la explotación sexual de los menores en la pornografía. Así, por ejemplo, además de otras a las que hemos aludido con anterioridad, el uso que se da a esta pornografía por parte de las personas con tendencias sexuales hacia los menores para llevar a cabo abusos sexuales⁶³, el atentado contra la dignidad de la infancia que suponen esas imágenes o las dificultades probatorias sobre la naturaleza real o no del menor dada la alta calidad de las imágenes creadas a través de programas informáticos. Y ello aun cuando la normativa de origen supranacional en relación con algunas conductas, como ya indicamos, ha concedido a los Estados Partes la facultad de criminalizarlas o no. Consiguientemente esta reforma ha significado, en primer lugar, la ruptura con un planteamiento legislativo previo conforme al cual la criminalización de la pornografía infantil se justificaba en la medida en que efectivamente la misma reflejaba un abuso sexual del que era víctima un menor real⁶⁴. Una idea que ya empezaba a desquebrajarse con la introducción en el año 2003 de un tipo penal que

⁶¹ Recuérdese, no obstante, que en el artículo 189.7 se tipificaban ya determinadas conductas relacionadas con material pornográfico en el que se utilizaba la voz o la imagen alterada o modificada de un menor o de un incapaz.

⁶² A tenor del artículo 189.1 párrafos finales a) y b), se considera pornografía en cuya elaboración haya sido utilizada persona con discapacidad necesitada de una especial protección a todo material que la represente de manera visual participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o represente sus órganos sexuales con fines principalmente sexuales.

⁶³ GARCÍA ALBERO, R., *Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito*, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 288-289.

⁶⁴ GARCÍA ALBERO, R., *Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito*, cit., p. 284.

se cernía sobre el empleo de la voz o imagen alterada o modificada de un menor real (*morphing*); adquiriendo así relevancia penal una primera manifestación de lo que se suele agrupar bajo la denominación de pseudopornografía infantil o pornografía aparente, pero que a diferencia del resto de supuestos aludidos con esta etiqueta sí presenta una utilización de un menor real en la elaboración de la pornografía, pero una utilización indirecta del mismo, dado que de lo que se sirven en esta clase de pornografía es de su voz o de su imagen, que es modificada a tal fin.

La formulación normativa de un concepto de pornografía podría parecer adecuada en la medida en que, en los términos en los que ésta se ha definido, va a permitir minimizar, aunque no anular, los problemas de seguridad jurídica que tradicionalmente ha planteado la delimitación del concepto de material pornográfico –expresión utilizada en el CP con anterioridad a su reforma por LO 1/2015, o simplemente del término «pornografía»–, debido a su naturaleza valorativa y su conexión con factores cambiantes en el tiempo y en la sociedad⁶⁵. En este punto, podríamos recordar que la jurisprudencia y la doctrina, en la línea de la primera jurisprudencia norteamericana –Caso Miller v California, 413, U. S, 15 (1973)–⁶⁶, se han servido de dos criterios fundamentales para calificar de pornográfico el material objeto del tipo penal, que no llegaban, sin embargo, a excluir cierto grado de inseguridad jurídica. Uno de ellos estaba referido al contenido del producto que debía ser exclusivamente libidinoso, en el sentido de estar dirigido a la excitación sexual de forma grosera –expresión indeterminada con la que se trataba de distinguir la pornografía del erotismo y que en relación con la pornografía infantil habría suscitado la posibilidad de adquirir otros matices al hilo de la polémica sobre la relevancia penal de la imagen desnuda de un menor⁶⁷– y el otro, de naturaleza negativa, aludía a la ausencia de valor literario, artístico o educativo en el material. En este sentido cabría recordar, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo n.º 796/2007, de 1 de octubre (FJ 3.º), o n.º 2010/7650, de 30 de sep-

⁶⁵ Críticos sobre las aportaciones de un concepto normativo descriptivo, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., «Art. 189», cit., p. 1387.

⁶⁶ Vid. OXMAN, N., «Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica», cit., pp. 257-258; u OST, S., *Child pornography and sexual grooming: legal and societal responses*, cit., pp. 202-211. En estos trabajos se sigue la evolución de la jurisprudencia en relación con la pornografía infantil y la posesión de la misma.

⁶⁷ Trata la cuestión ampliamente ROSA CORTINA, J. M., de la, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 35-43.

tiembre (FJ 3.º). O las más cercanas en el tiempo, sentencias del Tribunal Supremo n.º 1332/2011, de 3 de abril (FJ 1.º), o n.º 497/2015, de 24 de julio (FJ 3.º), en las que partiendo de esa definición ya se apela al concepto de «pornografía infantil» recogido en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, donde se habla de «actividades sexuales explícitas» y de la «representación de los partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales»; subrayándose, por ejemplo, en la última de las sentencias mencionadas, que en esa definición se encuentra la clave para determinar la relevancia penal de la representación de los partes genitales de un niño, esto es, su «finalidad sexual»⁶⁸. Una definición, por otra parte, que en ocasiones ha sido invocada por el Tribunal Supremo de forma exclusiva para definir la pornografía infantil; así en su sentencia n.º 1055/2009, de 3 de noviembre (FJ 3.º).

Como veremos seguidamente, el concepto legal de pornografía infantil además de acotar su forma de expresión, limitándola a las representaciones visuales, describe qué merece el calificativo de pornografía infantil. Pero antes de descender al mismo, dado su origen supranacional, vamos a hacer un somero recorrido por las definiciones que de la pornografía infantil se recogen en los textos internacionales jurídicamente vinculantes para nuestro país, donde, como hemos dejado entrever, se defiende un concepto extenso de pornografía infantil de orden especialmente práctico con la mirada puesta en la complejidad del fenómeno.

La primera definición normativa de la pornografía infantil aparece en el plano internacional en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la

⁶⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una necesaria reforma del artículo 189 del Código Penal», cit., pp. 93-95, ha seguido la evolución de la jurisprudencia en este punto y sitúa el punto de inflexión para el cambio en la Consulta de la FGE 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

Una recopilación de definiciones doctrinales es realizada por ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., «Concepto de material pornográfico en el ámbito penal», en AA. VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 1634-1637, quienes definían lo pornográfico como «el producto, con preferencia visual, cualquiera que sea su soporte, en el que se registran, exclusiva o casi exclusivamente, hechos de la más explícita sexualidad, expuestos de la forma más minuciosa y escrutadora, y está expresamente realizado, casi siempre por un móvil crematístico, con la única pretensión –manifiesta, velada o subrepticia, de excitar el apetito venéreo y de complacer y promover determinadas demandas en ese orden de cosas» (p. 1643).

prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, donde ésta se conceptúa como «toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales» (art. 2 c). Se abogaba aquí por un concepto amplio de pornografía infantil en referencia clara a la forma en la que ésta se manifiesta, en el que quedan incluidos no solo las representaciones visuales (pornografía infantil visual) sino también los escritos (pornografía infantil literaria) y los audios (pornografía infantil sonora)⁶⁹. Algunos Estados partes formularon, no obstante, una declaración al protocolo en el sentido de restringir el alcance de tal expresión al advertir su posible colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Tal fue el caso de Bélgica, Dinamarca, EE. UU y Suecia, quienes se comprometieron únicamente a criminalizar las conductas relacionadas con representaciones visuales. Esta definición asimismo podría comprender también formas de pornografía infantil en las que no hubiese sido utilizado un menor real en la medida en que además de utilizarse el término «representaciones», se está abarcando las actividades sexuales explícitas simuladas y no solo las reales⁷⁰. Por otra parte, a los efectos de delimitar qué se entiende por niño tenemos que recordar el ya mencionado artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño, donde éste se define como todo ser humano menor de dieciocho años, si bien se deja fuera de su ámbito de aplicación y consiguientemente del Protocolo a aquellas personas que con arreglo a su ley personal ya hubiese adquirido la mayoría de edad (art. 1).

El Convenio sobre cibercriminalidad, en consonancia con la realidad que pretende afrontar, acota la forma en la que se expresa la pornografía infantil, limitándola a las representaciones visuales,

⁶⁹ Así las cosas, el Comité de los Derechos del Niño, por ejemplo, en su Observación general n.º 13 (2011), relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, cita como manera de explotación sexual la utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños (25 y 31). Y en el informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 22 de diciembre de 2014, se recuerda esa concepción amplia de la pornografía infantil, mencionándose expresamente el material escrito.

⁷⁰ De la misma opinión MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, cit., p. 69; PACHECO ESTRADA, C., «Pornografía infantil e internet: ¿reto jurídico o problema social?», cit., p. 260; RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El Código penal y la explotación sexual comercial infantil», cit., p. 231; u OST, S., *Child pornography and sexual grooming: legal and societal responses*, cit., p. 225.

e incide con contundencia sobre la incriminación de la propia actividad de creación de material calificable objetivamente como de pornografía referida a menores⁷¹, no siendo necesaria la utilización de un menor real, al considerar, según se puede leer en el Informe explicativo que acompaña a este convenio (102), que la erradicación de la explotación sexual de los menores requiere actuar directamente sobre el abuso sexual real, pero también sobre aquellas conductas que, si bien no producen un daño directo a un menor en la esfera sexual, precisamente porque éste no es utilizado realmente en la realización de actos de tal naturaleza, sirven para animar o seducir a los menores con el fin de que participen en actos sexuales, además de formar parte de la cultura favorecedora del abuso sexual a menores. Concretamente se entiende que la pornografía infantil abarca toda representación visual de: a) un menor comportándose de una forma sexualmente explícita: supuesto que, de acuerdo con el informe explicativo que acompaña al convenio, estaría exigiendo el abuso sexual de un niño real; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; caso en el que, con arreglo al citado informe, no estaría implicado un menor real, tratándose en realidad de imágenes, de naturaleza realista, alteradas, o incluso generadas completamente por ordenador (art. 9.2). No obstante la extensión de este concepto, se facultaba finalmente a los Estados Partes a hacer reservas, en todo o en parte, a la aplicación de lo dispuesto en las letras b y c (art. 9.4). En el uso de esta facultad Dinamarca, Hungría, Montenegro, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza rechazaron dar relevancia penal a la pornografía técnica; Francia precisó que la conducta tendría relevancia penal solo en el caso de que no se demostrase que la persona de la imagen tenía 18 años en el momento en que se tomó o se registró; y EE. UU. y Japón matizaron que aplicaría las disposiciones concernientes a la pornografía técnica y a las imágenes realistas que representen a un menor de acuerdo con su normativa nacional. Recuérdesse también que si bien este convenio considera

⁷¹ En el seno del Consejo de Europa, la Recomendación (2001) 16, de 31 de octubre, sobre protección de los niños contra la explotación sexual, indica que la pornografía infantil incluirá el material que representa visualmente a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita; a una persona que parece ser un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita; o imágenes realista que representen a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita (2.c). Una década antes, la Recomendación (91) 11, de 9 de septiembre de 1991, sobre explotación sexual, pornografía, prostitución y tráfico de niños y jóvenes, apelaba a la adopción de medidas para desmotivar y prevenir cualquier abuso de la imagen y de la voz de un niño en contextos eróticos (A.a.6).

que es menor quien aún no ha cumplido los dieciocho años, admite el establecimiento por parte de los Estados Partes de un límite de edad inferior que se situaría bien en los dieciséis o en los diecisiete años (art. 9.3).

El Convenio de Lanzarote ofrece una definición más próxima en su dicción a la otorgada por el Protocolo, combinada con la limitación introducida por el Convenio de Budapest sobre la forma de expresión, de la que resulta que la pornografía infantil, referida a todo niño, esto es, todo menor de dieciocho años, sin matices (art. 3 a), es «todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales» (art. 20.2). A tenor de su artículo 20.3, está claro que esta acepción de la pornografía infantil no requiere tampoco de la existencia de un menor real dado que en relación con las conductas de producción y de posesión de pornografía infantil se otorga, como ya observamos, a los Estados Partes la facultad de reservar, en todo o en parte, su tipificación cuando el material pornográfico contiene representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño no existente, siendo ello indicador de que este tipo de pornografía tiene cabida en la anterior definición⁷².

En la Unión Europea también se ha acogido este concepto extensivo de pornografía infantil, definiéndose en un primer momento la misma en el artículo 1.b de la Decisión marco del Consejo 2004/68/JAI⁷³, y actualmente en el artículo 2 de la Directiva 2011/93/UE. De

⁷² Obsérvese que España tampoco ha formulado ninguna reserva en este sentido.

⁷³ Se definía la pornografía infantil como cualquier material pornográfico que describiese o representase de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño; o ii) a una persona real que parezca un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i; o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i (art. 1 b). Y se concedía a los Estados la facultad de excluir la responsabilidad penal cuando en el caso de la pornografía definida en el inciso ii) la persona real que parecía ser un niño tuviera de hecho al menos 18 años en el momento de la representación; si en los supuestos contemplados en los incisos i) y ii) se producen y se poseen imágenes de niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual, con el consentimiento de los mismos y exclusivamente para su uso privado; y también, en relación con la pornografía contemplada en el inciso iii) de la letra b) del artículo 1, cuando haya quedado acreditado que el productor produce el material pornográfico y está en posesión del mismo estrictamente para su uso privado, siempre que para esta producción no se haya utilizado el material pornográfico al que se refieren los incisos i) y ii) de la letra b) del artículo 1 y que el acto no entrañe ningún riesgo de difusión del material.

conformidad con el precepto vigente, la pornografía infantil, referida a todo menor de dieciocho años (art. 2 a), se conceptúa como todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada (art. 2.c.i); toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales (art. 2.c.ii); todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales (art. 2.c.iii); imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales (art. 2.c.iv). Definición que la reforma del Código penal que comentamos ha llevado al art. 189.1 párrafos finales con un matiz en una de sus acepciones, al hacer uso de la facultad que la propia Directiva confiere a los Estados de decidir no dar relevancia penal a aquellas conductas que tienen por objeto el material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, cuando la persona que parezca ser menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes (art. 5.7).

La Directiva también deja a su discrecionalidad la tipificación de la adquisición, posesión y producción de pornografía infantil en el caso de imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales, si han sido producidas y están en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, no se ha empleado para su producción material pornográfico referido en el art. 2.c.i, ii, y iii, y que el acto no implique riesgo de difusión del material (art. 5.8). Pero el ejercicio de esta facultad no se ha proyectado sobre el concepto de pornografía infantil a diferencia de lo que sucedía en el proyecto de reforma de 2013. Como tampoco ha sido el caso de la decisión estatal de tipificar o no la adquisición o posesión y la producción de pornografía infantil en aquellos casos en los que en el material pornográfico intervienen menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando el material ha sido producido o se posee con su consentimiento y se emplee exclusivamente para uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos (art. 8.3). Ello no impedirá, a nuestro juicio, negar relevancia penal a este

tipo de conductas en base a la ausencia de un contenido mínimo de antijuridicidad en el que fundamentarlas, como ya ha defendido la FGE en su Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015. Una solución de esta naturaleza se muestra especialmente aconsejable cuando estamos ante la realización de esas conductas por parte de menores responsables penalmente debido a las propias características biológicas, psicológicas y sociales de estos menores. Unas características que, por un lado, podrían revelar que no estaríamos más que ante una conducta propia de la experimentación sexual, de la que es completamente ajena el abuso de un menor, y, consiguientemente difícilmente podría ser subsumida en el ámbito de protección de la norma; y que, por otro lado, como es sabido, han determinado el diseño de un sistema de justicia penal propio para los menores en el que se intensifican los aspectos educativos y se trata de evitar la estigmatización del menor⁷⁴.

La recepción de este concepto de pornografía infantil ha significado su focalización en las representaciones visuales (así una fotografía, un video, un dibujo, una pintura o una escultura), independientemente de cual sea la naturaleza de su soporte, material o inmaterial (por ejemplo, un fichero de ordenador), excluyendo las de audio, que, no obstante, pueden resultar idóneas para demostrar en el caso de la representación de órganos sexuales su finalidad principalmente sexual. Objetivo al que igualmente pueden contribuir los textos o comentarios pornográficos que pudieran acompañar a la imagen, que por sí solos siguen sin tener trascendencia penal⁷⁵. Pero además ha comportado la criminalización no solo de la pornografía elaborada mediante la utilización directa y efectiva de un menor, esto es, la denominada pornografía infantil real, sino también de las diversas manifestaciones de la que nosotros designaremos como pornografía infantil aparente o pseudopornografía, singularizada por el hecho de que en la misma no participan o no participan directamente menores reales⁷⁶. Se abre así un nuevo escenario legislativo,

⁷⁴ En la misma línea la FGE, Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, pp. 17-20.

⁷⁵ Así ROSA CORTINA, J. M., de la, «Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, cit., p. 307.

⁷⁶ Nótese que no existe uniformidad entre los autores para agrupar las distintas clases de pornografía. Por ejemplo, algunos otorgan plena autonomía a la pornogra-

cuestionado en algunos aspectos por muchos autores, pero en el que también se ha alzado alguna voz proclive a una ulterior ampliación del concepto de pornografía infantil penalmente relevante en aras de abarcar a la pornografía infantil de naturaleza literaria por coherencia interna del sistema en la medida en que ésta compartiría el mismo fundamento de punición que la pseudopornografía⁷⁷.

La pesudopornografía, por otra parte, es interesante clasificarla, a los efectos de una posterior valoración del bien jurídico protegido en estos delitos, en tres tipos: la pornografía infantil técnica, que alude a imágenes de personas adultas reales que aparentan ser menores, siendo indiferente el procedimiento a través del cual se ha conseguido que la persona adulta presente la apariencia de un menor de edad (maquillaje, vestimenta, utilización de programas de tratamiento de imágenes, etc.), o que ello haya sido facilitado por el propio desarrollo biológico de la persona que a pesar de su mayoría de edad sigue pareciendo menor; la pornografía infantil artificial o virtual pura, que designa a las imágenes creadas completamente a través de medios tecnológicos de manipulación de imágenes⁷⁸ y la pornografía infantil virtual, en la que las imágenes se elaboran parcialmente con imágenes no pornográficas de menores reales e identificables, comportando, como ya dijimos, una utilización indirecta del menor.

fía virtual respecto de la que nosotros hemos llamado pseudopornografía, tal sería el caso de BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Pornografía infantil en la red: Fundamento y límites de la intervención penal», cit., pp. 397-402; o de ESQUINAS VALVERDE, P., «El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación», en *RDPCrUNED*, 2006, n.º 18, p. 177, quien nos habla de pornografía real, de pornografía simulada (artificial y técnica) y de pornografía virtual, o de FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., «Pornografía infantil e internet: ¿reto jurídico o problema social?», cit., p. 256, que distingue entre pseudopornografía, pornografía técnica y pornografía virtual. Otros utilizan el término pseudopornografía como sinónimo de pornografía virtual; tal sería el caso de MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, cit., pp. 68-69, quien tomando como referencia la definición de la pornografía infantil en el Protocolo de Naciones Unidas, clasifica a ésta en dos bloques, pornografía infantil expresa y simulada, perteneciendo a este último grupo la pornografía infantil técnica, artificial y virtual o pseudopornografía. La FGE en su Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, p. 11, reserva la denominación de pesudopornografía infantil para la que nosotros hemos denominado pornografía infantil virtual.

⁷⁷ ROSA CORTINA, J. M., de la, «Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013», cit., p. 307.

⁷⁸ CUGAT MAURI, M., «Prostitución y corrupción de menores», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Derecho penal español. Parte especial I*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 509.

Desde una visión de conjunto del mencionado artículo 189.1 párrafos finales, en el que nos encontramos en realidad con cuatro definiciones que bien podrían haber sido al menos reducidas a tres⁷⁹, cabría señalar, en primer lugar e independientemente del tipo concreto de pornografía infantil de que se trate, que aquello que se ve, pues siempre debe de tratarse insistimos de una representación visual, tiene que ser bien un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, bien una representación de sus órganos sexuales con fines principalmente sexuales. Un menor que puede ser real o no. Consiguientemente no toda imagen de un menor que pudiera resultar atractiva para personas con tendencias sexuales hacia los menores es necesariamente ilegal⁸⁰.

Estaríamos hablando, por tanto, en primer lugar, de la representación de comportamientos que objetivamente revisten naturaleza sexual dada su pertenencia a la clase de actos que de ordinario están dotados socialmente de una inequívoca significación sexual. Siendo éstos diversos y de muy diferente intensidad, podríamos proceder a su identificación tomando como punto de partida, en consideración al origen internacional de este concepto de pornografía infantil, los informes explicativos que acompañan al Convenio de Budapest y al Convenio de Lanzarote. En estos informes se mencionan en concreto todos los accesos carnales (genital-genital, oral-genital, anal-genital, oral-anal, entre niños o entre adulto y niño, del mismo o de distinto sexo), el bestialismo, la masturbación, el sadismo o masoquismo, la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica (p. 100 y 143, respectivamente). Un tipo de conductas que también han sido reconocidas como tales por nuestro Tribunal Supremo con motivo de la atribución del carácter de pornografía infantil a un determinado material, así, por ejemplo, en su sentencia n.º 2010/7650, de 30 de septiembre (FJ 3.º), en la que se entendía por conducta sexual explícita el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturba-

⁷⁹ El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, del Código penal, de 17 de enero de 2013, pp. 178-179, llamó la atención sobre la falta de claridad y precisión de esta definición normativa, especialmente por lo que afecta a la distinción entre las actuales letra b y d. Siendo ello así, la realidad a la que se designa se deduce a partir de su contextualización en el plano internacional y el conocimiento del fenómeno productivo de esta clase de pornografía.

⁸⁰ En el marco del mencionado Proyecto COPINE se desarrolló una clasificación de las imágenes de menores a partir de imágenes disponibles para el público en páginas webs y grupos de noticias en diez niveles, no recibiendo todas ellas la misma consideración desde la perspectiva normativa, *vid.* QUAYLE, E., «The COPINE Project», en *Irish Probation Journal*, 2008, vol. 5, pp. 68-79.

ción, la zoofilia o las prácticas sadomasoquistas, excluyéndose los simples desnudos. Pero como indican los mencionados informes los supuestos mencionados no sería más que el contenido mínimo de la expresión conducta sexualmente explícita, pudiéndose pormenorizar el conjunto de las mismas a partir de la jurisprudencia sobre actos sexuales proscritos con menores, lo que nos llevaría a incluir dentro de esta categoría, por ejemplo, imágenes de besos linguales o de besos o de tocamientos sobre zonas erógenas del cuerpo, no siendo necesaria la desnudez del menor.

Este tipo de conducta tiene que aparecer reflejada en la imagen de forma clara y determinante, pudiendo ser real, lo que implica que hay un ser humano (menor o adulto que parece menor) efectivamente llevándola a cabo, pero también simulada, esto es, fingida por personas reales. Como la imitación es algo connatural a las imágenes creadas artificialmente sin la participación de un menor real o a partir de una imagen neutra suya, la dualidad real o simulada de la conducta sexual explícita solo se proyecta, como vemos en la dicción de la norma, sobre los casos de pornografía en cuya elaboración se utiliza a una persona real.

Igualmente recibe la consideración de pornografía infantil las imágenes de determinadas partes del cuerpo: los órganos sexuales, con fines principalmente sexuales. Una finalidad que evocaría el ánimo libidinoso presente en el concepto tradicional de pornografía. La necesidad de que se precise, en este caso, la finalidad de la imagen, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, tiene su explicación en el hecho de que si bien esos órganos están marcados biológicamente por su función sexual, lo que explica su calificativo, su representación visual pueden responder a motivaciones distintas y perfectamente legítimas como las científicas, las educativas, las artísticas, las divulgativas e incluso las sentimentales⁸¹. No obstante, la forma en concreto en la que esa exigencia se ha plasmado normativamente no excluye que se suscite algún interrogante sobre los supuestos que aparecen captados por la misma. En concreto la literalidad de la norma («toda representación de los órganos sexuales de un menor... con fines principalmente sexuales»), siembra, a nuestro entendimiento, la duda sobre si la finalidad principalmente sexual de la imagen está referida solo a la motivación que llevó a la creación de la imagen o

⁸¹ Recuérdese que a esa finalidad ya apelara el Tribunal Supremo en su n.º 497/2015, de 24 de julio (FJ 3.º), para pronunciarse sobre la calificación de un simple desnudo.

también guarda relación con su comercialización, distribución o posesión; en definitiva, con el posterior uso que se dé a la misma.

Del tenor de la definición normativa no se derivaría, a nuestro juicio, la exigencia de que la imagen tuviese que presentar necesariamente un contenido principalmente sexual *ab initio*, esto es, en el momento de su creación. La conclusión no es diferente si integramos la definición de pornografía infantil en la descripción típica de las conductas de tráfico, así, por ejemplo, de acuerdo con el tenor de la norma cabría afirmar que se castiga al que exhibiere por cualquier medio toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales. Una forma de proceder que hace aún más evidente la conexión entre el verbo típico y el fin que guía la acción típica. En el marco de la reforma se advierten además importantes razones para sostener que las imágenes en cuyo origen no estaba principalmente una finalidad sexual, también podrían adquirir un componente principalmente sexual a partir de su contextualización que las haría merecedora del ímpetu punitivo del legislador. Lo avalaría la propia finalidad protectora que guía los tipos penales de pornografía infantil, seriamente resentida en la práctica si se hubiese que demostrar que las mismas se crearon con una finalidad principalmente sexual; el hecho de que el menor devenga en un mero objeto para satisfacción sexual de otro; o que la norma de referencia precise que la finalidad sexual tiene que ser la principal pero no exclusiva, admitiéndose así que las representaciones pueden responder a otros fines. Fines que pueden desvanecerse perfectamente a partir del análisis de la imagen en su contexto, pasando a un segundo plano e incluso llegando a desaparecer; de forma que una representación visual de los órganos sexuales de un menor originada a partir del desarrollo de una actividad socialmente aceptada e incluso promocionada por los poderes públicos en la que no se percibe objetivamente una finalidad sexual como la científica, la educativa o la artística, podría terminar respondiendo objetivamente a una finalidad principalmente sexual por el ulterior uso que se le dé. Pensemos, por ejemplo, en la imagen de los genitales de un niño en un libro de medicina que termina en círculos pederasta. Lo mismo sucedería en relación con las fotografías y los videos de escenas de la vida cotidiana en las que se pueden ver los órganos sexuales de un menor –niños en la bañera, niños desnudos en la playa– cuando pasan a formar parte de la cadena de actividades de pornografía infantil. Consiguientemente en consideración al tenor literal de la norma y la finalidad que con la misma persigue nuestro legislador nos vemos avocados a concluir que la presencia de un fin principalmente sexual en la representación visual podría constatarse a partir de la forma en

la que se produce, se comercializa, se distribuye, e incluso se posee. Asistimos así a una nueva expresión del derecho penal de autor que sitúa como centro de la construcción de estos tipos penales la mirada de las personas con inclinaciones hacia los niños con la consabida quiebra de principios básicos de nuestro modelo de estado⁸²; a lo que se une el riesgo de una transmutación de la percepción que de la realidad de las cosas tiene la mayor parte de la sociedad.

La FGE en su Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, sostiene un criterio interpretativo diferente y se muestra partidaria de defender que en relación con las imágenes de los menores desnudos hay que matizar que su calificación como pornográficas depende de que estén en sí mismas enmarcadas en un contexto lascivo, poniendo como ejemplo de lo dicho que el posado tiene que tener un contenido sexual o que la imagen tiene que enfatizar los órganos sexuales. Consecuentemente el objeto de análisis se habría de focalizar en si la imagen está o no centrada en un comportamiento sexual o en los órganos sexuales del menor. No siendo suficiente para tal calificación que sí se dé una finalidad sexual en quien lo difunde o posee la imagen. Sin embargo, sí da relevancia penal a la finalidad sexual que guía la conducta de quien elabora las imágenes, aun cuando la imagen no refleje por sí sola un componente lascivo⁸³.

Aquella misma lectura conjunta de todas las disposiciones finales del artículo 189.1 podría llevarnos a la conclusión de que a la pornografía infantil real se refieren sus dos primeras letras, en las que se desglosa el contenido de naturaleza sexual que tiene que tener la imagen independientemente del tipo de pornografía de que se trate, para recibir la calificación de pornografía infantil; cuestión que acabamos de abordar.

La letra c está dedicada a la pornografía infantil técnica, que se refiere a «todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales». Un tipo de pornografía cuya relevancia penal depende en realidad de que no se pueda demostrar que la edad de la persona que aparece en la imagen aparentando ser menor

⁸² En este sentido también MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., «Art. 189», cit., pp. 1388-1389.

⁸³ Circular 2/2015, de la FGE, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, pp. 6-7.

en el momento de obtenerse la misma es como mínimo de dieciocho años, dado que nuestro legislador sí ha hecho uso de la facultad que le otorgaba el Convenio de Lanzarote y la Directiva relativa a introducir en estos casos la salvedad de que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes⁸⁴. Así las cosas, la inclusión de la pornografía técnica en el concepto legal de pornografía infantil que teóricamente estaría relacionada con la protección de la dignidad de la infantil y la prevención de delitos sexuales que tuvieran por víctima menores termina respondiendo en particular a las dificultades probatorias que encierra determina quién es y qué edad tiene la persona que aparece en la imagen, pues una vez que se demuestra que esta persona es un adulto, deviene, a nuestro juicio con buen criterio, penalmente indiferente su contenido, lo que resulta contradictorio, no obstante, con la tipificación de las imágenes realistas a las que nos referiremos luego⁸⁵. De esta forma, con el otorgamiento de relevancia penal a esta clase de pornografía infantil se persigue en realidad evitar la impunidad a la conduciría la imposibilidad de identificar a la víctima del delito, pudiendo castigar el hecho en base a la apariencia de una minoría de edad.

La regulación de la pornografía infantil técnica en los términos expuestos no comporta legalmente una inversión de la carga de la prueba, pues en ningún momento se dice que sea el acusado quien deba demostrar que la persona que aparece en la imagen tenía entonces al menos dieciocho años. Distinto es que una vez que las acusaciones han activado en la fase de investigación todos los mecanismos disponibles para determinar la edad de la persona sin éxito, la apariencia de menor de edad de la misma pueda fundamentar la acusación, dejando en manos de la defensa la demostración de que efectivamente es un mayor de edad quien aparece en la imagen⁸⁶.

⁸⁴ Obsérvese que esta clase de pornografía infantil no estaba incluida en el concepto de pornografía infantil presente en el Anteproyecto de reforma de octubre de 2012 –el Anteproyecto de julio no contemplaba la modificación de los delitos sexuales– a pesar de que la Directiva de la Unión Europea obligaba a ello. Así lo puso de manifiesto el Consejo fiscal, Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 de 24 de noviembre, del Código penal, p. 167; apareciendo esta modalidad en el Anteproyecto de abril de 2013.

⁸⁵ Igualmente MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., «Art. 189», cit., p. 1386.

Esta disparidad de criterios sobre la tipicidad de la pornografía técnica y la virtual podría entenderse si a través de la atipicidad de la pornografía técnica confirmada se persiguiese garantizar el libre desarrollo de la libertad sexual de los adultos; un hecho, no obstante, que podría negarse a partir de la contextualización de la imagen.

⁸⁶ En este mismo sentido la FGE en su Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, p. 11.

Una prueba ésta casi diabólica para el acusado que no ha intervenido en la producción del material, de la que dependerá, no obstante, la atipicidad de la conducta⁸⁷. Ahora bien si tenemos presente lo limitado de los recursos para la persecución penal en comparación con la ingente cantidad de imágenes existentes, será muy probable que aquellos casos en los que se susciten dudas sobre la edad de la persona de la imagen, lo que perfectamente puede ocurrir cuando solo se dispone de la imagen y se trata de personas de edades próximas a la mayoría de edad (17, 19, 20 años), no sean investigados.

Finalmente la letra d recoge las «imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales», que daría cabida a ambos tipos de pornografía virtual mencionados, manteniéndose consiguientemente en parte la relevancia penal de las conductas descritas en el anterior artículo 189.7, en el que también se tipificaba la utilización alterada de la voz de un menor, despenalizada con la reforma que comentamos⁸⁸. La calificación de estas imágenes como realistas pone el acento en la necesidad de que la imagen penalmente relevante se ajuste a la realidad, lo que implicaría que al ser observada se viese en la misma representado a un ser humano menor de edad. Efecto que determinados programas informáticos permiten obtener en la actualidad. A través de este condicionante podría excluirse del concepto de pornografía infantil a aquellas imágenes que ni buscan ni logran aproximarse a la realidad, aun cuando pudieran responder a una finalidad sexual, como pudiera ser el caso de dibujos de animación o de los dibujos de los cómics⁸⁹. En relación con este tipo de pornografía, en cuya trascendencia penal ha incidido la dificultad o imposibilidad técnica de demostrar si es o no artificial, es interesante recordar que la Unión Europea dejaba a la discrecionalidad de los Estados decidir si su adquisición, posesión o producción debía ser tipificada penalmente en los casos en los que la misma había sido producida y estaba en pose-

⁸⁷ GARCÍA NOGUERA, I., «Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE», cit., p. 108, sin embargo, denuncia la inversión de la carga de la prueba.

⁸⁸ De la misma opinión ROSA CORTINA, J. M., de la, «Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013», cit., p. 309.

⁸⁹ Así la FGE, Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, p. 8; ROSA CORTINA, J. M., de la, «Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013», cit., p. 320; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., «Art. 189», cit., p. 1386.

sión de su productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se hubiese empleado material pornográfico real o técnico y que el acto no implicase riesgo de difusión del material (art. 5.9). Esta vía fue explorada en el Anteproyecto de reforma de octubre de 2012 para las conductas de posesión y producción (no para la adquisición), y se mantuvo en los textos prelegislativos posteriores. Desconocemos el motivo de su desaparición en la tramitación parlamentaria del proyecto; podría ser que efectivamente las Cortes Generales cambiaran de forma consciente su planteamiento⁹⁰, pero también sería factible que se hubiese producido un error técnico. Concretamente el origen de lo que en nuestra opinión podría haber sido un error técnico se encuentra en la redacción de la norma con motivo de la ampliación del concepto de pornografía infantil para abarcar a la pornografía técnica. A este tipo de pornografía se le asignó entonces la letra c, que originariamente tenía la pornografía virtual, quedando relegada ésta a la nueva letra d, pero ese cambio no se plasmó en la disposición que excluía de relevancia penal en base a la circunstancia prevista en el artículo 5.9 de la Directiva a la pornografía virtual, que siguió apelando a la letra c, de forma que por reenvío normativo a la letra equivocada la exclusión terminó desvinculándose de la pornografía virtual para conectarse con una clase de pornografía con la que no tenía sentido, y de ahí, su posterior supresión.

2.3 Bien jurídico protegido y modalidades típicas básicas

La identificación del bien o bienes jurídicos protegidos por los tipos penales, como es sabido, se erige en una cuestión de primer orden en el análisis de las figuras delictivas no solo por la legitimidad que otorga a la propia norma penal sino también en atención a su importante función como criterio hermenéutico, que, entre otras cosas, puede determinar la presencia de un concurso de normas penales o un concurso de delitos. No obstante, su concreción no siempre resulta pacífica, y así se puso de manifiesto en el caso concreto de los delitos relativos a la pornografía infantil especialmente a partir del momento en que las conductas típicas dejaron de incidir de forma exclusiva y directa sobre la esfera sexual de un menor concreto para

⁹⁰ El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, del Código penal, de 17 de enero de 2013, p. 180, se había mostrado favorable a que la nueva regulación no excluyera de relevancia penal esos casos apelando al propio espíritu de la Directiva 2011/92/UE y al bien jurídico protegido en estos delitos.

proyectarse sobre el propio material pornográfico en 1999 y sobre la voz o imagen de un menor real en 2003, alcanzando con ello relevancia penal comportamientos que se encuentran completamente desconectados en el tiempo y en el espacio de la representación de naturaleza sexual plasmada en el material. Sirva como recuerdo de la problemática aludida la Consulta de la FGE 3/2006, sobre determinadas cuestiones de los delitos relacionados con la pornografía infantil, en la que en base a distintos argumentos (gramaticales, finalistas y de proporcionalidad de la respuesta penal) se resolvieron las discrepancias sobre la calificación jurídica de las conductas tipificadas en los artículos 189.1.a), 189.1.b) y 189.2 cuando las mismas estaban referidas a una pluralidad de menores, a partir de la afirmación de que los tipos penales de los artículos referidos no tenían ni la misma naturaleza ni amparaban al mismo bien jurídico.

En este estado de cosas sería casi una obviedad mencionar la existencia de diferentes posiciones doctrinales acerca de la concreción del bien jurídico protegido en estos delitos, en parte condicionada por una discusión más amplia sobre el bien jurídico tutelado en los delitos sexuales de los que son víctimas personas que no tienen la capacidad cognoscitiva y volitiva necesaria para poder afirmar que son libres en el ejercicio de su sexualidad: ¿libertad sexual o indemnidad sexual?⁹¹. En la línea de la doctrina mayoritaria, resulta manifiesta, a nuestro juicio, la imposibilidad de predicar, sin más y con carácter general, una afectación de la indemnidad sexual de los menores en estos delitos en consideración a la diversidad de conductas típicas y de los tipos de pornografía sobre los que éstas

⁹¹ Entre quienes defienden la necesidad de distinguir entre libertad e indemnidad sexual en atención a la capacidad de autodeterminación de la víctima, podría citarse a CARMONA SALGADO, C., «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», en AA. VV., Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 1166-1167. Entre las voces contrarias a esta distinción se encuentra la de Díez RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Díez RIPOLLÉS, J. L./ROMEO CASABONA, C. M.: *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, pp. 233-242; o RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, cit., pp. 110 y 113.

Una síntesis de posiciones diversas sobre el bien jurídico protegido en los delitos del artículo 189, se puede encontrar en MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, cit., pp. 152-189; o PARRA GONZÁLEZ, A. V., *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple*, cit., pp. 260-285.

inciden; siendo, consiguientemente, obligado profundizar en cada una de ellas para determinar, en su caso, la presencia de otro u otros bienes jurídicos penalmente protegidos e incluso la negación de bien jurídico afectado alguno. Así lo hizo en 2006 la FGE, llegando a la conclusión de que las conductas descritas en el artículo 189.1.a), esto es, las que inciden en la conducta sexual de un menor concreto, afectaban a un bien de naturaleza personal como es la indemnidad del menor, cuya importancia eclipsaría a la de otros bienes igualmente presentes como la dignidad de la infancia y el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor, que pasarían a un segundo plano; mientras que las modalidades de tráfico de material pornográfico sin intervención previa en la elaboración (art. 189.1.b) así como la posesión simple (art. 189.2) respondían a la tutela de un bien colectivo como sería la indemnidad sexual de los menores en general o seguridad de la infancia en abstracto, en aras de evitar agresiones y abusos sexuales a menores concretos para satisfacer la demanda de ese material, y la dignidad de la infancia⁹². Y así lo haremos también nosotros; lo que nos permitirá al mismo tiempo incidir sobre los cambios introducidos en estos delitos en la reforma del Código penal que abordamos.

La indemnidad sexual, que junto a la libertad sexual, enuncia el título en el que se incardinan estos delitos desde la reforma del Código penal realizada por la LO 11/1999, se concibe como el derecho del ser humano cuya capacidad de autodeterminación en el plano sexual está ausente o limitada a que el proceso de formación de su personalidad sexual no se vea afectado por conductas de terceros que pudieran interferir negativamente en la misma, quedando garantizado así que tal desarrollo se pueda llevar a cabo en condiciones de libertad de forma que llegado el momento sus preferencias en cuestiones sexuales sean realmente libres. En palabras del Tribunal Supremo sería el bienestar psíquico de los menores o de las personas con discapacidad, «en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida (STS n.º 796/2007, de 1

⁹² Consulta de la FGE 3/2006, sobre determinadas cuestiones de los delitos relacionados con la pornografía infantil, pp. 13-20.

de octubre, FJ 3.º, por ejemplo)⁹³. Este derecho, al que no alude expresamente nuestra Constitución, se encuentra ligado, sin embargo, al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y al deber de protección de la infancia y de los discapacitados psíquicos por los poderes públicos (arts. 39.4 y 49 CE); y su configuración estaría al servicio de la salvaguarda de la libertad sexual.

Como bien jurídico de naturaleza individual se encuentra tutelada la indemnidad sexual a través de las conductas descritas en el artículo 189.1.a), relativas a la captación, la utilización de un menor de edad para la elaboración de cualquier clase de material pornográfico⁹⁴, la financiación de esta actividad o el lucrarse con ella, en la medida en que todas ellas al guardar relación con la utilización de un menor real con fines sexuales comprometen o pueden afectar negativamente su normal desarrollo sexual o bienestar psíquico⁹⁵. La identificación de un bien jurídico protegido de naturaleza individual en estos delitos arroja además la consecuencia de que el número de delitos cometidos será igual al número de víctimas.

En estos delitos la indemnidad sexual se predica de todos los menores de edad, esto es, de acuerdo con el artículo 12 de la CE, los menores de dieciocho años, al igual que ocurre en otros delitos sexuales como los relativos a la prostitución de menores o al exhibicionismo y provocación sexual, pero a diferencia de lo que sucede en otros delitos sexuales como los abusos sexuales del capítulo II *bis*, de los que solo pueden ser víctimas, dentro del grupo de menores, los menores de dieciséis años. Nos encontramos, por tanto, ante el reconocimiento legislativo de la existencia de conductas relacionadas con la sexualidad humana que pueden afectar al bienestar de los menores, aun cuando éstos tuviesen reconocida capacidad para autodeterminarse en el plano sexual, al percibirse en ellas una instrumentalización del menor de edad que puede condicionar gravemente su vida futura, y de ahí que su consentimiento no tenga reconocimiento jurídico. Y asimismo ante la necesidad de realizar una ulterior matización sobre el bien jurídico protegido cuando la víctima por su cortísima edad no tiene consciencia de lo que ha sucedido ni puede recordarlo con el paso tiempo; situaciones en las que habría que situar en un primer plano la dignidad del menor y consecuentemente

⁹³ STS n.º 803/2010, de 30 de septiembre (FJ 3.º), o como el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de su personalidad (STS n.º 476/2006, de 2 de mayo, FJ 2.º).

⁹⁴ Señala la STS n.º 459/2015, 13 de julio de 2015 (FJ 2.º), que el verbo típico «utilizar» se satisface por el mero «aprovechamiento» de la situación.

⁹⁵ Así, la STS n.º 796/2007, de 1 de octubre (FJ 3.º).

la proscripción de su instrumentalización o cosificación para fines sexuales⁹⁶.

La lesión de la indemnidad sexual a través de estas conductas ni excluye ni absorbe el daño que por sí misma comporta la realización de otros delitos de abusos y agresiones sexuales, planteándose el correspondiente concurso de delitos. Ante este tipo de hipótesis procede simplemente puntualizar que en función de la edad de la víctima y por referencia a esos otros delitos el bien jurídico afectado sería bien la indemnidad sexual bien la libertad sexual.

En consideración a la indemnidad sexual del menor y a la existencia de otros tipos penales cabría puntualizar también que no tienen cabida en este tipo penal aquellas acciones consistentes en captar subrepticamente imágenes o actos sexuales de menores calificables normativamente de pornografía infantil precisamente porque no representa peligro para la misma, debiéndose aplicar en estos casos el delito de descubrimiento de la intimidad del artículo 197.1⁹⁷; cuya pena típica, por tratarse la víctima de un menor de edad, es una pena de prisión de dos años y seis meses a cuatro años más una pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses (art. 189.5). Este criterio ha sido confirmado, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 459/2015, 13 de julio (FJ 2.º) en la que se mantiene la condena de la Audiencia Provincial de Madrid por delitos contra la intimidad por grabación o fotografía no consentida de la imagen pornográfica de menores de edad que se hallaban dormidos o el autor creía que así era y por delitos de utilización de menores de 13 años para la elaboración de material pornográfico cuando las grabaciones se hacían estando despiertos los menores.

Pero el desvalor total que comporta la utilización del menor para la elaboración de material pornográfico va más allá, a nuestro modo de ver, como también reconoció la FGE, de la indemnidad sexual del menor, afectando a otros bienes jurídicos como la intimidad o a la propia imagen del menor; ambos concebidos como derechos

⁹⁶ En relación con estos casos ROPERO CARRASCO, J., «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores: el Proyecto de 2013», en *EPC*, 2014, n.º 34, p. 256, destaca que la dignidad sería otro de los aspectos abarcado por la indemnidad.

⁹⁷ Así MORALES PRATS, F., «Los ilícitos en la red (II): pornografía infantil y ciberterrorismo», en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político criminales*, Comares, 2006, pp. 289-290; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, cit., p. 178.

fundamentales en nuestra Constitución (art. 18.1)⁹⁸. La necesidad de proteger estos otros bienes jurídicos, que en atención a la dinámica comisiva de su lesión difícilmente quedarían al menos en todas sus posibles manifestaciones amparados por los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, podría explicar de forma más racional el límite máximo de cinco años de la pena de prisión asociada a esta conducta en su modalidad básica.

La reforma del Código penal, por otra parte, no ha alterado la descripción de estas conductas, cuyo ámbito de aplicación tampoco se habría ampliado como consecuencia de la reconfiguración legal del objeto material de estos delitos, dado que, como acabamos de afirmar, se exige la utilización de un menor real en la pornografía. Llegados a este punto conviene tener presente que no siempre que nos encontremos ante material calificable de pornografía infantil a tenor de la definición legal, estaremos irremediabilmente ante un comportamiento antijurídico de utilización de un menor para la elaboración de pornografía infantil real, pues si bien al negar la ley a todos los menores la capacidad de consentir en este marco tendríamos que hablar de la utilización de un menor de edad en la pornografía, podría darse el caso de que la acción no revistiese un contenido mínimo de antijuridicidad por no afectar a la indemnidad sexual del menor ni al resto de bienes identificados. Pensemos en el caso de una pareja sentimental formada por una persona adulta y un menor de edad de diecisiete años que se graban manteniendo relaciones sexuales para su uso exclusivamente personal sin que el menor haya sido víctima de abuso por parte del adulto.

No ha ocurrido lo mismo en relación con las conductas tipificadas en la letra b) del citado artículo, respecto de las que ha cobrado relevancia penal la pseudopornografía, al prescindirse de la necesidad de que la producción, la venta, la distribución, la exhibición, el ofrecimiento o la facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición o la posesión para estos fines estuviese referida a material pornográfico en cuya elaboración se hubiesen utilizado menores; expresión que ha sido sustituida, como dijimos, por la de pornografía infantil. En este nuevo escenario, la conexión que existiría normalmente entre estas conductas y la consistente en la elaboración del

⁹⁸ Igualmente BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Pornografía infantil en la red: Fundamento y límites de la intervención penal*, cit., p. 394, quien apela también a la dignidad del menor como persona; GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal*, cit., pp. 29-30.

material de la letra a)⁹⁹, puede llegar incluso a desaparecer, pues ha dejado de ser necesaria la utilización de un menor real para que el material exista.

Las modalidades típicas descritas en la letra b, que se originaron pensando en dar respuesta a aquellas situaciones en las que quien las llevaba a cabo no había realizado previamente el tipo de acciones ejecutadas directamente para la utilización de un menor real¹⁰⁰, presentan entre sus particularidades que la acción es inidónea para afectar al desarrollo de la personalidad sexual de un menor concreto al incidir en realidad sobre la imagen de un menor, pero no sobre el menor mismo, e incluso en la actualidad sobre una imagen completamente artificial.

En aquellos casos en los que estas conductas se ciernen sobre la imagen de un menor real, asistimos, no obstante, a una perpetuación del proceso de victimización del menor, en el supuesto de que efectivamente hubiese sido utilizado en la elaboración del material, a través de la exposición de aspectos íntimos de su vida, que pueden menoscabar incluso su honor. De ahí que, a nuestro juicio, pudiera parecer más adecuada la identificación de otros bienes jurídicos protegidos íntimamente relacionados como serían el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen del menor, el derecho al honor o el derecho a la dignidad¹⁰¹; quedando igualmente afectados estos

⁹⁹ Obsérvese que no siempre la elaboración de la pornografía infantil real habría requerido de que un tercero utilizase a un menor en la medida es que es perfectamente posible que sea el propio menor quien facilite una imagen pornográfica de sí mismo.

¹⁰⁰ Se viene entendiendo que entre las conductas descritas en la letra b) y las contenidas en la letra a), cuando quien las protagoniza es la misma persona, existe un concurso de normas penales que se resolvería con arreglo al principio de consunción en favor de la aplicación de la letra a); así por ejemplo, *obiter dictum* en la sentencia del Tribunal Supremo, n.º 674/2009, de 20 de mayo, FJ 4.º No obstante, la visualización en esos casos de las conductas descritas en la letra b como fases de agotamiento del delito de la letra a) conduce a soluciones interpretativas insatisfactorias, desde una perspectiva valorativa de los hechos, como lo evidencia el tratamiento penal que recibe, por ejemplo, quien además de utilizar al menor en la elaboración del material lo difunde y el tratamiento que se da a quien solo difunde el material. A nuestro juicio, debería procederse al menos de *lege ferenda* a agravar la pena en estos casos como ya sucede en relación con esta conducta en el marco de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.1 y 3).

¹⁰¹ Así nos hablan del derecho a la intimidad MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, cit., pp. 179-180, sin bien puntualiza que éste comprende el derecho a la propia imagen; ESQUINAS VALVERDE, P., *El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación*, cit., p. 185, quien añade también el derecho a la

tres últimos derechos mencionados cuando la imagen del menor real es insertada en un contexto pornográfico¹⁰². Un apoyo ulterior a esta solución se encontraría en el propio concepto legal de los actos que constituyen intromisión ilegítima en esos derechos de conformidad con el artículo 4.3 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, en el que se señala que «se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales». Ahora bien el hecho de que los derechos de intimidad y de propia imagen solo se vinieran protegiendo autónomamente en la vía penal hasta la reforma llevada a cabo por LO 1/2015 frente a conductas de descubrimiento y revelación de secretos que implicasen o presupusiesen un ataque clandestino, subrepticio, insidioso a tales bienes; la importancia que, en atención a la pena, se les da a los mismos en el tipo penal del 189.1.b), equiparable a la resultante de unirlos a la propia afectación del bienestar psíquico del menor en su desarrollo sexual, como hemos visto sucede en el artículo 189.1.a); y la propia ubicación de este tipo en el título VIII y no en los títulos VII, X y XI, no puede obviar que el legislador a través de los mismos trata de conjurar algo más; concretamente un peligro abstracto a la indemnidad sexual de los menores en su conjunto, como argüía la FGE¹⁰³. La invocación de la indemnidad sexual de los menores como bien supraindividual protegido adquiere mayor protagonismo tras la última reforma con la tipificación de las conductas relacionadas con las imágenes de abusos sexuales a menores inexistentes, pero se cimienta sobre un pilar muy endeble como es la afirmación de que esas conductas estimulan la realización de delitos sexuales contra menores. Desde este prisma parece, a nuestro juicio, más aceptable apelar a otro bien jurídico, colectivo o supraindividual, como es la dignidad del ser humano menor de edad, en su concreta manifestación de su derecho a no ser instrumentalizado o cosificado para satisfacción sexual de otros; y ello independientemente de la forma concreta en que ésta se produzca, bien por referencia directa a un menor real, a una

propia imagen; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Pornografía infantil en la red: Fundamento y límites de la intervención penal*, cit., p. 396; PARRA GONZÁLEZ, A. V., *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple*, cit., p. 275.

¹⁰² De esta opinión GARCÍA VALDÉS, C., *Acerca del delito de pornografía infantil*, cit., p. 415.

¹⁰³ En contra BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Pornografía infantil en la red: Fundamento y límites de la intervención penal*, cit., p. 396.

imagen de un menor real o a la simulación de la imagen de un menor de edad. Los tipos relacionados con la difusión de pornografía infantil dejarían así de concebirse como tipos de peligro abstracto.

La necesidad de identificar un ulterior bien jurídico protegido se pondría también de manifiesto a través de la pena prevista en el delito de indiscreción consistente en la difusión de imágenes previamente captadas subrepticamente por un tercero, siendo conocedor de este hecho, pero no partícipe, el difusor de las mismas. Una pena muy inferior a la contemplada en el tipo del 189.1.b), concretamente una pena de prisión de dos a tres años más una multa de dieciocho a veinticuatro meses (art. 197.3 p. 2 y 197.5)¹⁰⁴.

Esta disociación de bienes jurídicos, por otra parte, debería conducir en aquellos casos en los que se ha afectado también a un bien de naturaleza individual a la apreciación de tantos delitos como sujetos pasivos individuales estén identificados, como veíamos en los tipos del 189.1.a)¹⁰⁵.

No obstante la distinta afectación a bienes jurídicos o el diferente grado de intensidad con los que estos se ven afectados en cada caso contemplado en el artículo 189.1, nuestro legislador en ningún momento, y a pesar de la observación que sobre el particular realizó el Consejo Fiscal, se habría planteado modificar la penalidad prevista para los mismos en pro del principio de proporcionalidad de las penas¹⁰⁶, que continúa siendo, en sus modalidades básicas, una pena de prisión de entre 1 a 5 años. De forma que la pena legal abstracta es la misma para conductas de tan diferente desvalor como aquella consistente en hacer una fotografía a un menor que ya tiene dieciséis años exhibiendo lascivamente sus genitales y aquella en la que uno se sirve de un programa informático para crear la imagen de un menor de igual edad y en la misma pose. En ambos casos hay producción de pornografía infantil, pero mientras en el primero se puede comprometer el bienestar psíquico sexual del menor, en el segundo evidentemente no.

¹⁰⁴ En opinión de MORALES PRATS, F., *Los ilícitos en la red (II): pornografía infantil y ciberterrorismo*, cit., p. 290, éste sería el tipo penal aplicable a la conducta descrita y no el del artículo 189.1.b).

¹⁰⁵ En este sentido MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, cit., p. 180.

¹⁰⁶ Consejo fiscal, Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 de 24 de noviembre, del Código penal, p. 163.

Tampoco se ha planteado proceder a un análisis comparativo de los efectos penológicos que se derivan de la protección penal que dispensa a la indemnidad sexual y a la intimidad en función de la amalgama de supuestos diferentes imaginables. Es más tras la reforma penal que comentamos hemos asistido a la creación de un nuevo tipo penal que puede plantear ulteriores problemas en la interpretación de los tipos relativos a la pornografía infantil¹⁰⁷. Nos estamos refiriendo al tipo del artículo 197.7, que castiga la difusión, cesión o revelación a terceros sin autorización del afectado de imágenes o grabaciones audiovisuales en su domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros cuando habiendo sido obtenidas con su consentimiento su divulgación menoscaba gravemente su intimidad personal, agravando la pena, entre otros casos, cuando la víctima es un menor de edad.

Considerando que indudablemente la sexualidad es un aspecto esencialmente vinculado a la intimidad personal –precisamente la creación de este tipo penal se vio impulsada por la difusión de un video de naturaleza sexual protagonizado por una mujer adulta con gran repercusión en los medios de comunicación–, que a los menores se les niega la capacidad de consentir ese tipo de grabaciones o fotografías, que la difusión de pornografía infantil ya estaba tipificada anteriormente, y que la jurisprudencia y la FGE han entendido que la difusión de pornografía infantil por quien previamente ha utilizado al menor en su elaboración determina únicamente la aplicación del tipo del artículo 189.1.a), cabría preguntarnos si en relación con la divulgación de imágenes o videos de un menor realizando una conducta sexual explícita o de sus órganos sexuales con fines principalmente sexuales el nuevo delito tendría algún ámbito de aplicación propio o no. Sostener que sí implicaría el reconocimiento legislativo explícito de que en algunos casos imágenes calificables objetivamente de pornografía infantil por su forma de creación no son en realidad pornografía infantil; lo que nosotros hemos afirmado ya a partir de vaciar de contenido de antijuridicidad la conducta típica (recuérdese el ejemplo de la pareja formada por un adulto y un menor de diecisiete años). Y consiguientemente solo se castigaría, en su caso, la afectación de la intimidad de ese concreto menor con

¹⁰⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., «Derecho penal, imagen e intimidad: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres», en *RDPCrUNED*, 2013, n.º 10, pp. 43-51, consideraba que la clase de conducta recogida en el nuevo tipo penal ya era típica al amparo del artículo 197.2. De otra opinión OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L., «El nuevo delito contra la intimidad en el Proyecto de reforma del Código penal de 2013 y el “Caso Olvido Hormigos”», en *RDPP*, 2014, n.º 35, p. 191.

una pena de prisión de siete meses y quince días a un año o multa de nueve a doce meses. Pero incluso en ese supuesto, lo cierto es que se produciría un efecto completamente a contra corriente de la política criminal de endurecimiento del tratamiento de los delitos relativos a la pornografía infantil que modula la regulación legal de estos delitos.

La existencia de un bien jurídico merecedor de protección penal es difícil de imaginar en las conductas descritas en el artículo 189.5, esto es, la posesión para uso propio de pornografía infantil¹⁰⁸, la novedosa incriminación de la adquisición de pornografía infantil con igual finalidad y el también recientemente creado delito de acceso a sabiendas a la misma por medio de las TICs; máxime si tenemos presente que es arduo discutible que estas conductas aisladas de otras, pudieran legitimar la intervención del Derecho penal en atención a principios como el principio de intervención mínima y, relacionado con él, el principio de lesividad. Algunos autores han apelado por referencia a la posesión simple a la afectación abstracta de la indemnidad sexual¹⁰⁹, sobre la cuestionada tesis del efecto causal que este tipo de conducta tiene en la comisión de los delitos sexuales, o a la propia dignidad de los menores; aspectos que, como sabemos, condicionan cada vez más las líneas del tratamiento de estos delitos en el plano supranacional. Pero incluso aquellos que han defendido que la tipificación de esta conducta responde a la protección de algún bien jurídico merecedor de protección penal, critican que finalmente se haya otorgado relevancia penal a la pseudopornografía¹¹⁰. En nuestra opinión, si bien cabría aceptar que las conductas en solitario re-

¹⁰⁸ En contra de la tipificación de la posesión de pornografía infantil por inexistencia de un bien jurídico susceptible de protección, por ejemplo, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, cit., pp. 181-185, 322-328; ESQUINAS VALVERDE, P., *El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación*, cit., pp. 186-225, quien apunta además que ello representa una afectación a la intimidad personal del sujeto que posee; OXMAN, N., *Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica*, cit., p. 267. A favor GIMBERNAT ORDEIG, E., en sus prólogos a la 5.ª y a la 21.ª ed. del Código Penal, ed. Tecnos, en la primera en relación con la propuesta de tipificar la adquisición y en la segunda ya por referencia a la tipificación de la posesión; GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal*, cit., p. 34, not. 98.

¹⁰⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Pornografía infantil en la red: Fundamento y límites de la intervención penal*, cit., p. 397.

¹¹⁰ Así GIMBERNAT ORDEIG, E., en su prólogo a la 5.ª ed. del Código Penal, editado por Tecnos, quien apela pero solo en el caso de la pornografía real a la libertad, a la dignidad y a la propia imagen de los menores.

flejan una utilización sexual de los menores que afecta a su dignidad, no está claro que la forma de ataque revista un contenido mínimo de lesividad que justifique la intervención penal. Esta únicamente serviría para reprimir, y además con mucha fuerza desocializadora y estigmatizadora, conductas que, por muy execrables que nos parezcan, forman parte del fuero interno de las personas. En este orden de cosas, es imperiosa una reflexión profunda y fundamentada sobre el correcto equilibrio entre los diversos valores esenciales de nuestra comunidad que se citan aquí; entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad, el derecho a la intimidad y la necesidad real de dispensar una protección especial a los menores. Hasta que esto no acontezca, es difícil no percibir en las nuevas incriminaciones los condicionantes de una moral sexual colectiva.

Estas nuevas conductas típicas, recogidas en la Directiva 2011/93/UE y en el Convenio de Lanzarote, tratan de responder penalmente a otras acciones relacionadas con las imágenes de pornografía infantil que no podrían ser reconducidas a las modalidades típicas existentes con anterioridad, adelantando al mismo tiempo las barreras de la protección penal, hasta un punto en que ni siquiera es necesario que la persona llegue a visualizar la imagen.

En el tipo de adquisición, a tenor del significado lingüístico del verbo adquirir, serían subsumibles, en principio, la compra, la obtención, la ganancia, el logro e incluso el tomar prestadas las imágenes. No cabría una interpretación restrictiva de la norma en atención a una limitación del significado del término que la redujese a los casos de compraventa en la medida en que si apelamos al significado de la expresión inglesa utilizada en la versión auténtica del Convenio de Lanzarote «procuring for oneself or for another», traducida a nuestra lengua como adquisición, veremos a través del Informe explicativo del convenio que se pretende castigar toda conducta que comprenda la obtención de forma activa del material, como, por ejemplo, su compra pero también su descarga de internet (97). Si tenemos en cuenta que estas conductas en realidad conlleven normalmente la posesión, aunque fuese temporal del objeto del delito, y que la posesión tanto para fines de tráfico como para fines de uso propio ya es típica, el ámbito de aplicación propio de esta nueva modalidad típica estaría formado por lo que hasta entonces podrían constituir actos preparatorios impunes de la posesión. Una interpretación sistemática de la norma podría llevar a excluir del tipo, sin embargo, el hecho de tomar prestadas puntualmente las imágenes debido a la cercanía de esta conducta con la prevista en el artículo 189.2, el acceso a sabiendas a pornografía infantil, cuya tipificación se restringe a los casos en los que aquel se produce a

través de las TICs. En relación con esta nueva conducta típica se ha sugerido alguna propuesta interpretativa para limitar su ámbito de aplicación a las acciones de acceso a espacios restringidos apelando a una mejor traducción de la expresión inglesa utilizada en la Directiva 2011/93/UE, «*knowingly obtaining access*», que es la misma que se emplea en el Convenio de Lanzarote¹¹¹. Esta expresión, si bien podría traducirse por obtener, conseguir o lograr el acceso al material, denotando con ello que el sujeto tendría que superar ciertas barreras para poder acceder al mismo, pretende abarcar una realidad más amplia según se desprende del Informe explicativo del Convenio de Lanzarote (140). La criminalización de este acceso está dirigida, de acuerdo con él mismo, a detener a quienes visualizan esas imágenes *online* a través del acceso a páginas web pero sin descargárselas en aquellas jurisdicciones en las que ese tipo de comportamiento no está captado ya por las conductas de obtención o posesión, siendo necesario para que la conducta adquiera relevancia penal que el sujeto quiera entrar en la página donde está disponible la pornografía infantil y conozca que esas imágenes se encuentra en la misma¹¹². Precisándose además que la naturaleza intencional de la acción se puede deducir en particular del hecho de que se trate de una acción recurrente y no solo de que se haya pagado por el acceso.

A la luz de todo lo dicho es manifiesta la tendencia expansiva del Derecho penal en este campo, sin que podamos augurar que ésta sea la última reforma, dado que ya se han alzado algunas voces que llaman la atención sobre la necesidad con finalidad preventiva de otorgar relevancia penal a la publicidad¹¹³. Esta tendencia, no obstante, no ha afectado al sistema general de justificación de los comportamientos típicos. La propia normativa internacional es consciente de ello, de ahí que requiera que los comportamientos cuya tipificación penal exige se realicen de forma ilícita, reconociéndose así que algunos de ellos pueden estar justificados por la presencia de

¹¹¹ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., *Art. 189*, cit., p. 1396, atribuyen esta interpretación a E. MORÓN LERMA y a J. G. FERNÁNDEZ TERUELO.

¹¹² Recuérdese el interrogante que suscitó la subsunción en el tipo penal de posesión simple de la existencia de datos informáticos en la memoria *caché* del ordenador, datos, por tanto, que se habían grabado automáticamente. La STS n.º 1075/2009, de 9 de octubre (FJ 5.º), por ejemplo, confirmó la condena por posesión de pornografía infantil en los archivos temporales de internet encontrados en el ordenador del condenado.

¹¹³ Consejo fiscal, Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 de 24 de noviembre, del Código penal, p. 169. Obsérvese, no obstante, que a través de la forma en la que se realice la publicidad, la conducta es ya típica al amparo del ofrecimiento o facilitación de la venta, la difusión o la exhibición de la pornografía infantil.

otro interés prevalente. A modo simplemente de ejemplo podemos observar que en el propio marco de la realización de justicia nos podemos encontrar con la utilización en las investigaciones policiales de material de pornografía infantil o de acciones llevadas a cabo, incluso por particulares, con ocasión de denunciar estos hechos bien sea directamente ante las autoridades o a través de las líneas de denuncia de contenido de pornografía infantil en internet. La investigación científica también puede justificar algunas de las conductas típicas mencionadas, como podría ser el caso de una investigación criminológica sobre el intercambio de pornografía infantil a través de los programas P2P o sobre la tipología de las imágenes de abusos sexuales a menores, que requiere el acceso a las imágenes a través de las TICs. Otros ámbitos a considerar podrían ser el sanitario o terapéutico, donde esas representaciones podrían ser utilizadas en programas de tratamiento; o el del periodismo de investigación o de la expresión artística.

2.4 Tipos cualificados

La reforma operada por la LO 1/2015 ha incidido igualmente en las circunstancias agravantes específicas que se ciernen sobre las modalidades típicas de algunos de los delitos relativos a la pornografía infantil, ampliando las mismas y dando una nueva redacción a alguna de ellas en consonancia con otros cambios que se han producido con la reforma. Estas circunstancias se agrupan con excepción de una en un único artículo, el artículo 189.2, dando lugar a un tipo mixto alternativo cuya aplicación sigue conduciendo a una pena típica de prisión de cinco a nueve años. Esa una, al proyectarse tanto sobre los tipos básicos como sobre el resto de tipos cualificados, siempre y cuando se trate de las conductas contempladas en la letra a del artículo 189.1, recibe un tratamiento separado en el artículo 189.3, y conlleva imperativamente la aplicación de la pena superior en grado, esto sería, según el caso, bien una pena de prisión de 5 años y 1 día a 7 años y seis meses –supuesto en el que esta circunstancia, curiosamente tendría menor relevancia que si hubiese sido tratada conjuntamente con el resto– o bien una pena de prisión de 9 años y 1 día a 13 años y 6 meses –situación en la que se incrementa irrazonablemente su componente punitivo-. Efectos indeseables como éstos se producirían, a nuestro juicio, como consecuencia de una tendencia a acudir automáticamente a la solución de incrementar los marcos penales con arreglo a las reglas aritméticas de medición de pena, sin tener en cuenta la propia gravedad de la concreta conducta.

Lo que no ha hecho la reforma, y hubiese sido muy clarificador como bien observó el Consejo Fiscal¹¹⁴, dadas las discrepancias que existen sobre estos particulares, es precisar exactamente a qué modalidades típicas se vinculan cada una de las circunstancias agravantes específicas, remitiéndose en bloque a todas las conductas del artículo 189.1 en el caso de las circunstancias agravantes específicas del artículo 189.2 o a las del artículo 189.1.a en el supuesto del tipo cualificado del artículo 189.3, dando continuidad así a distintas lecturas de esas normas, como iremos viendo.

El establecimiento de la edad legal de consentimiento sexual en dieciséis años en lugar de en trece años, no obstante la cláusula del artículo 183 *quater*¹¹⁵, ha repercutido, por coherencia interna del sistema, en la agravante referida a la edad de los menores que son utilizados en la pornografía; recogiendo en la letra a) del artículo 189.2 como agravante la utilización de menores de dieciséis años¹¹⁶. Una decisión que va a determinar, a la luz del conocimiento empírico sobre las edades de los niños que aparecen en las imágenes¹¹⁷, que el ámbito de aplicación de la modalidad básica de la utilización de menores se reduzca de forma importante. Considerando que esta circunstancia se fundamenta en una especial cualidad de la víctima –su falta de capacidad para autodeterminarse en el plano sexual que le permita el ejercicio de la libertad sexual– que la hace más vulnerable al ataque del que es objeto, y que el verbo utilizar implica el aprovecharse de alguien o algo, en este caso de un menor de dieciséis años, cabría precisar que la misma solo es susceptible de apreciarse cuando estamos en presencia de la que hemos denominado pornografía

¹¹⁴ Consejo fiscal, Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 de 24 de noviembre, del Código penal, p. 170

¹¹⁵ Señala este artículo que el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en el capítulo dedicado a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

¹¹⁶ Obsérvese que la Directiva 2011/93/UE contempla en su artículo 9, dedicado a las circunstancias agravantes, una circunstancia que compartiendo con la que ahora comentamos el fundamento tiene un espectro más amplio. Nos estamos refiriendo al hecho de que la infracción haya sido cometida contra un menor en una situación de especial vulnerabilidad, por ejemplo, discapacidad física o mental, dependencia o incapacidad física o mental. Situaciones de esta naturaleza en algunos casos, solo podrán ser abarcadas por la circunstancia agravante ordinaria de abuso de superioridad (art. 22.2.^a).

¹¹⁷ En el Informe anual de INHOPE de 2013-2014 y en sus estadísticas se señala en atención a la variable edad que en esos años las víctimas de los abusos eran niños en el 10% y el 7% respectivamente; en el 71% y el 72% prepubescentes; y en el 19% y el 21% pubescentes.

real, esto es, la que implica la utilización de un menor de carne y hueso¹¹⁸. Sentada esta premisa, la dicción del artículo 189.2 a y b y del 189.2 perpetúa, no obstante, un problema jurídico de gran calado a la luz de la respuesta penal como es la delimitación de las modalidades típicas sobre las que se proyecta esta agravante cualificadora, pudiéndose observar en el presente, por parte del Tribunal Supremo, una línea de interpretación restrictiva con arreglo a la cual el ámbito de aplicación de la misma quedaría reducido a aquellas conductas que inciden directamente sobre personas de carne y hueso, de forma que solo se aplicaría a los actos que comportan la elaboración o producción del material pornográfico del artículo 189.1-a), porque solo por referencia a ellos se podría hablar de una utilización del menor (STS n.º 12/2015, de 20 de enero, FJ 3.º, 4.º y 5.º)¹¹⁹.

La coherencia de nuestro legislador en este punto, por otra parte, no ha ido más allá, olvidándose de que la reforma de 2010 había introducido una nueva modalidad básica, como es la captación de menores, que también incide directamente sobre un menor real, y respecto de la cual cobraría pleno significado la agravación del hecho en consideración a una mayor vulnerabilidad de la víctima.

Se ha mantenido en los mismos términos la circunstancia agravante específica relativa a que los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 189.2.b), cuyo fundamento se encontraría en una intensificación de la lesión de los bienes jurídicos tutelados. Esta circunstancia, en palabras del Tribunal Supremo, requiere para su apreciación de, «en primer lugar, un ejercicio de justificación o argumentación explícita respecto a las razones por las que ese carácter degradante o vejatorio, implícito en todo caso en la utilización de menores para la confección de material pornográfico,

¹¹⁸ Una muestra más de que la preocupación legislativa por la pornografía está centrada en la figura del menor la encontramos en la inexistencia de un tipo agravado que atienda a las particularidades del grupo de personas discapacitadas necesitadas de especial protección, cuyo grado de discapacidad intelectual o mental puede ser diferente. Incongruencia legislativa que ya había sido denunciada por MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, cit., p. 296.

¹¹⁹ Entre otras las sentencias del Tribunal Supremo n.º 674/2009, de 20 de mayo (FJ 4.º); n.º 107/2010, de 16 de febrero (FJ 5.º); n.º 340/2010, de 16 de abril (FJ 3.º). Asume este criterio ya la FGE, en su Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, cit., p. 31. De la misma opinión Díaz Morgado, C., «Art. 189», en CORCOY BIDASOLO, B./MIR PUIG, S./MIR PUIG, C., *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 697; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., *Art. 189*, cit., p. 1393.

adquiere una condición especialmente cualificada en el caso específico, que justifique la exasperación punitiva, y, en segundo lugar, que la descripción de la imagen en el relato fáctico permita apreciar la concurrencia objetiva de esta especial cualificación, por el carácter aberrante de las prácticas sexuales a las que se sometan a los menores en el material pornográfico utilizado» (STS n.º 12/2015 de 20 de enero, FJ 5.º), lo que acontece, por ejemplo, si nos acercamos a la casuística analizada por este alto tribunal en el caso de imágenes de bestialismo en las que el menor es rebajado a la categoría de animal, o de imágenes en las que se ven a adultos orinando sobre el rostro de los menores (urolagnia, undinismo o lluvia dorada). La FGE otorga tal carácter, verbigracia, al sadomasoquismo, a la zoofilia, a la coprofilia o a las prácticas sexuales con bebés¹²⁰. Las discrepancias existentes entre los aplicadores del derecho sobre la apreciación de la misma en las conductas de difusión, podría encaminarse en el momento presente en favor de su no exclusión (así STS n.º 12/2015 de 20 de enero, FJ 5.º)¹²¹, al no apreciarse la existencia de ningún elemento del tipo que por su significación pudiera llevar a realizar una interpretación restrictiva de la misma, como habría ocurrido en relación con la anterior circunstancia¹²². Sí podría, en cambio, encontrarse en el tenor literal de la norma un argumento favorable a excluir su aplicación cuando se trata de formas de pornografía en las que no se ha utilizado a un menor real. Concretamente la FGE ha observado que el tipo al referirse a «hechos» está exigiendo la afectación de menores reales¹²³.

¹²⁰ Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, p. 33.

¹²¹ Otro criterio se ha sostenido, por ejemplo, en la STS n.º 340/2010, de 16 de abril (FJ 3.º).

¹²² En ese sentido Uriarte Valiente, M. L., «Pornografía infantil: regulación actual y perspectivas de futuro», en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGN-TJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Luis%20Mar%C3%ADa%20Uriarte%20Valiente.pdf?idFile=fdbd4350-9b71-4009-8696-a362da5ed417, p. 14 (consulta 24 de julio de 2015). La FGE, Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, pp-35-36, condiciona su aplicabilidad a la acreditación de un dolo específico en relación con la concreta naturaleza degradante o vejatoria del material difundido en tanto no se consolide un criterio jurisprudencial opuesto.

¹²³ La FGE, Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, p. 31, defiende que se exige la afectación de menores reales y, por tanto, que no se aplica en el caso de lo que ella denomina pornografía virtual o técnica; Rosa Cortina, J. M., de la, «Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013», cit., p. 339. También Díaz Morgado, C., «Art. 189», en Corcoy Bidasolo, B./ Mir Puig, S./ Mir Puig, C., *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 697.

Asimismo se ha conservado la otra circunstancia agravante específica referida al contenido pornográfico, ahora recogida en la letra c del artículo 189.2, esto es, cuando el material pornográfico representa a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual, cuya razón de ser se encontraría en el plus de repulsión que generan estas imágenes. La particularidad de la violencia sexual estriba en su capacidad para producir daños físicos en la víctima como consecuencia del propio acto de naturaleza sexual realizado, siendo especialmente ello así contra menor es la edad de la víctima. A modo de ejemplo, señala la sentencia del Tribunal Supremo n.º 109/2016, de 18 de febrero, que «una forma, ciertamente paradigmática, de «violencia sexual», en el sentido más común del campo de denotación de los vocablos del sintagma, es, dada la natural desproporción orgánica, la aplicación de la fuerza física exigida por la introducción del pene de un varón en alguna de las cavidades sexuales de un niño o niña de tan corta edad».

La única diferencia que se advierte aquí en relación con la anterior regulación se encuentra simplemente en una sustitución de términos. La referencia a «niño», al igual que se había hecho ya en la circunstancia agravante recogida en la letra a, se cambia por la de «menor», por un lado, propiciando así una mejor acotación de la realidad que abarca el delito, y saliendo al paso de la tesis que defiende que la voz «niño» designa a quienes se encuentran en el período de la vida humana que va del nacimiento a la pubertad¹²⁴; y, por otro lado, se sustituye el término «incapaces» por la expresión «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», en aras de la actualización de los términos con los que se designan hoy a las personas con discapacidad, merecedoras de mayor protección. Este cambio también se aprecia en la circunstancia agravante recogida en la letra g.

Considera la FGE que esta circunstancia agravante específica no es de aplicación cuando se trata de pornografía virtual o técnica, apoyándose en el significado de la palabra «víctima», condición que efectivamente se predica de una persona¹²⁵. Asimismo pone de relieve

¹²⁴ Tal sería el caso de URIARTE VALIENTE, M. L., *Pornografía infantil: regulación actual y perspectivas de futuro*, cit., p. 17. También GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal*, cit., p. 33, consideraba que el término niño designaba al menor de trece años en coherencia con el tipo cualificado en atención a la edad.

¹²⁵ Circular de la FGE 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, p. 36; ROSA CORTINA, J. M., de la, *Concepto de material*

ve cómo el empleo de la violencia física o sexual podría ser considerado asimismo un hecho particularmente degradante o vejatorio, lo que impediría la apreciación de ambas circunstancias.

La cuestión relativa a su vinculación con las conductas de difusión ha sido resuelta, por otra parte, en sentido afirmativo en las sentencias del Tribunal Supremo, n.º 1377/2011 de 19 diciembre (FJ 3.º), n.º 184/2012, de 9 de marzo (FJ 1.º), o n.º 1025/2013, de 26 de diciembre (FJ 5.º), en base a la particular gravedad de la conducta desde un punto de vista objetivo.

En la letra d del artículo 189.2 se encuentra la primera de las circunstancias completamente nuevas. Se trata de que el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima y su origen se situaría en la Directiva 2011/93/UE, si bien ésta no era tan exigente con los Estados en la medida en que solo les requería para que agravaran el hecho cuando ese peligro, doloso o imprudente, se proyectase sobre la vida (art. 9.f). La propia naturaleza de esta circunstancia determina la improcedencia de su aplicación en las modalidades típicas que no comporten la captación o utilización de un menor de carne y hueso¹²⁶. En este sentido se ha pronunciado la FGE, quien consecuentemente también lo excluye en los casos de pornografía irreal. Asimismo señala ésta que además se castigará el resultado doloso o imprudente que se hubiera provocado¹²⁷.

La calificación del material pornográfico como de notoria importancia, que se recoge en la letra e del artículo 189.2, ha reemplazado a la circunstancia relativa a que los hechos revistiesen especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico. El replanteamiento de la circunstancia fue propuesto por el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código penal, de 8 de enero de 2013, quien alternativamente abogaba por su supresión, pues advertía que la realidad criminológica evidenciaba la importancia del trueque sin ánimo de lucro y de las dificultades de

pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013, cit., p. 339; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., *Art. 189*, cit., p. 1394.

¹²⁶ Igualmente URIARTE VALIENTE, M. L., *Pornografía infantil: regulación actual y perspectivas de futuro*, cit., p. 22; ROSA CORTINA, J. M., de la, «Subtipos agravados de pornografía infantil», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, p. 385; DÍAZ MORGADO, C., *Art. 189*, cit., p. 697; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., *Art. 189*, cit., p. 1395.

¹²⁷ Circular de la FGE 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, p. 39.

valorar económicamente el material¹²⁸. No ha sido así, limitándose el legislador a reformular la circunstancia para evidencia que la importancia del material depende de la concurrencia de más factores que el puramente económico, si bien no se recoge ningún criterio o parámetro que ayude a precisar cuándo estaremos ante esta circunstancia, como le reclamó igualmente el Consejo Fiscal. Así las cosas para la atribución al material de la consideración de notoria importancia seguirán teniéndose en cuenta criterios empleados con anterioridad a pesar de los problemas que les son anejos como el valor económico del mismo; la naturaleza de los actos que se reflejan en las imágenes, si bien éstos tienen plena autonomía al amparo de otras circunstancias ya enunciadas; la calidad del material objeto del delito; o de su cantidad, aunque este último factor suscitaría importantes recelos cuando el sujeto activo del delito es un consumidor debido a que precisamente su fijación hacia esta clase de imágenes les lleva al acopio de las mismas. A partir de la valoración de estos elementos, la apreciación de este tipo cualificado dependería en definitiva de la constatación de una mayor peligrosidad de la conducta para el bien o bienes jurídicos. Esta circunstancia, por otra parte, no presenta ningún inconveniente para ser apreciada tanto en las conductas de elaboración como en las de difusión; posiblemente éstas últimas sean además las que más frecuentemente conducirán a este tipo cualificado¹²⁹.

Otra de las circunstancias que persisten en iguales términos tras la reforma es la relativa a que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades (art. 189.2.f), a la que también se refiere la Directiva 2011/93/UE (art. 9.d), que igualmente es operativa en todas las modalidades básicas¹³⁰.

¹²⁸ Dentro de la doctrina, así por ejemplo, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, cit., p. 147, ya se había cuestionado esta circunstancia dado que este tipo de conductas en su mayor parte no responden a un fin económico, aparte de la dificultad probatoria del precio del material pornográfico. En este punto, INHOPE, en los documentos referenciados *supra*, señala que en su mayoría el material de imágenes de abuso sexual a niños identificado se encontraba en URLs no comerciales, así un 87% en 2013 y un 91% en 2014. *Vid.* European Financial Coalition against Commercial Sexual Exploitation of Children Online (EFC), Informe de actualización de 2015 del documento Commercial Sexual Exploitation of Children Online. A strategic Assessment, de 2013.

¹²⁹ Igualmente MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., *Art. 189*, cit., p. 1395.

¹³⁰ Resulta interesante recordar en este punto la STS n.º 913/2006, de 20 de septiembre (FJ 1.º), que sentó que una comunidad de internautas no constituía necesariamente una organización a los efectos de aplicar esta agravante específica; ha-

Con la reforma se amplía la circunstancia agravante específica enfocada en el aprovechamiento por parte del autor de una especial vinculación con la víctima, que además de facilitar la realización de la acción, aumenta su reprochabilidad bien por darse la particularidad de que esas personas tienen un deber jurídico o natural de velar por el interés del menor bien por quebrantarse un deber de lealtad. En concreto esta circunstancia, mencionada en el artículo 189.2.g, además de referirse a la condición del responsable de ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho –precisándose ahora, aunque fuera provisionalmente–, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, comprende además a cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad. No obstante, no se llega a satisfacer plenamente lo dispuesto en la Directiva 2011/93/UE (art. 9.b), en la medida en que la misma para el caso de los miembros de la familia no condiciona la agravación a que convivan con la víctima y además menciona a cualquier persona que conviva con el menor, sin necesidad de que ostente una posición de confianza o autoridad. Algunas de estas circunstancias, sin embargo, podrían adquirir relevancia por la vía de las circunstancias genéricas de abuso de confianza o de superioridad (art. 22.2.^a).

Finalmente se cierra el catálogo de circunstancias agravantes específicas del artículo 189.2 con otra de las novedades de la reforma, la concurrencia de la agravante de reincidencia (letra f), aspecto sobre el que incidió también la Directiva de la Unión Europea, si bien en ningún caso imponía otorgarle mayor valor que el que ya tiene como agravante genérica. A los efectos de su apreciación, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 190, con arreglo al cual las sentencias condenatorias por los delitos relativos a la prostitución, a la explotación sexual y a la corrupción de menores dictadas en el extranjero se equiparan a las dictadas en España¹³¹.

Como anunciábamos, una nueva circunstancia agravante, relativa a la forma de ejecutar el delito, se recoge en el artículo 189.3. Se trata de la comisión de los hechos descritos en la letra a) del párrafo primero del apartado 1 mediante el empleo de medios comisivos que

biendo mantenido distinto criterio la STS n.º 1444/2004, de 10 de diciembre (FJ 1.º). Sobre este particular BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Pornografía infantil en la red: Fundamento y límites de la intervención penal*, cit., pp. 423-226.

¹³¹ La LO 1/2015 ha reconocido con carácter general a efectos de reincidencia las sentencias firmes dictadas por los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 22.8).

comportan una mayor peligrosidad de la acción y un mayor desvalor del resultado: la violencia o la intimidación. Esta cualificación, que se relacionaría con la contemplada en la letra g del artículo 9 de la Directiva 2011/93/UE («que la infracción haya sido cometida empleando violencia grave contra el menor o causándole un daño grave»), es independiente del tipo cualificado del artículo 189.2.d), que, como vimos, exige que el material refleje violencia física o sexual. Teniendo presente que el fundamento de ambas agravantes es diferente, no vemos obstáculo alguno a la apreciación del tipo del artículo 189.3 en relación con el tipo del artículo 189.1.a) y 2.c)¹³².

La directiva de la Unión Europea menciona una cualificación más, «que la infracción haya sido cometida por varias personas actuando conjuntamente», cuya relevancia habría que buscar a partir de la aplicación de la circunstancia agravante genérica del artículo 22.2.^a

¹³² URIARTE VALIENTE, M. L., *Pornografía infantil: regulación actual y perspectivas de futuro*, cit., p. 23; DÍAZ MORGADO, C., *Art. 189*, cit., p. 698.